

**Die Problematik der Treuhandvollmacht im
Rahmen der "Bauherrenmodelle"
- Eine Rechtsprechungsanalyse -**

Inauguraldissertation zur Erlangung des akademischen
Grades eines Doktors der Rechte der Universität Mannheim

vorgelegt von:

Tamara Knöpfel

Dekan: Prof. Dr. Ulrich Falk

Referenten: Prof. Dr. Ulrich Falk
Prof. Dr. Pirmin Spieß

Tag der mündlichen Prüfung: 22.12.2005

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
I. Problemstellung und Zielsetzung der Arbeit	1
II. Gang der Untersuchung	3
A. Begriffsbestimmung: Verschiedene Arten des Bauherrenmodells	5
I. Das klassische Bauherrenmodell	6
1. Ausgestaltung des klassischen Bauherrenmodells	6
1.1. Der Treuhandvertrag	7
1.2. Die Treuhandvollmacht	9
2. Der Bauherrenbegriff	10
II. Das Erwerbermodell	12
III. Das Bauträgermodell	13
IV. Sanierungsmodelle	14
V. Der Immobilienfonds	15
1. Der geschlossene Immobilienfonds	16
1.1. Der geschlossene Immobilienfonds in der Rechtsform der KG	17
1.2. Der geschlossene Immobilienfonds in der Rechtsform der GbR	18
2. Der offene Immobilienfonds	19
VI. Das Treuhandmodell - Ein neuer Oberbegriff?	20
1. Begriffsbestimmung aufgrund der Auseinandersetzung mit der zivilrechtlichen Problematik der Immobilien- Kapitalanlagenmodelle	20
1.1. Die zentrale Stellung des Treuhänders im Rahmen der Treuhandmodelle	21
1.2. Der Treuhandbegriff	22
1.3. Ergebnis	23
2. Der Aufbau der Treuhandmodelle	24
2.1. Die Vertriebsstruktur	24
2.2. Die Rolle der Kreditinstitute	25

B. Die Entwicklung der Immobilien- Kapitalanlagemodelle	27
I. Die wirtschaftliche Entwicklung	27
1. Entwicklung von 1971 – 1990 im Überblick	27
1.1. Steuervorteile als Investitionsanreiz für Immobilien-Kapitalanlagen	28
1.2. Die Folgen des Abbaus von Steuervorteilen durch den Gesetzgeber, die Finanzverwaltung und die Finanzgerichtsbarkeit	31
2. Entwicklung seit 1990 im Überblick – Die Wiederbelebung des Absatzmarktes für Immobilien- Kapitalanlagen	33
2.1. Investitionsanreize durch das Fördergebietsgesetz (FördG)	34
2.2. Die Erschließung eines neuen Absatzmarktes durch geänderte Verkaufsargumente	35
II. Die Enttäuschung der Anlegerinteressen und die damit einhergehende Rechtsprechungsentwicklung zum Widerruf der Darlehensverträge und zur Haftung des endfinanzierenden Kreditinstituts	36
1. Die Enttäuschung der Anlegerinteressen	36
2. Die Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Widerruf der Darlehensverträge und zur Haftung des endfinanzierenden Kreditinstituts im Überblick	38
2.1. Die Rechtsprechung zum Widerruf der Darlehensverträge und die damit einhergehende Rückabwicklungsproblematik	39
2.1.1. Widerrufsrecht nach § 361a BGB a.F. i.V.m. § 7 Abs.1 VerbrKrG	39
2.1.2. Widerrufsrecht nach § 361a BGB a.F. i.V.m. § 1 Abs.1 Nr.1 HWiG	41
2.1.3. Die Rückabwicklungsproblematik	44
2.1.4. Stellungnahme	48
2.2. Die Haftung des endfinanzierenden Kreditinstituts gegenüber dem Anleger	52

2.2.1.	Bankenhaftung wegen der Verletzung von Aufklärungs- und Hinweispflichten bei der Finanzierung	53
2.2.2.	Die Haftung des Kreditinstituts nach den Grundsätzen der Prospekthaftung	56
C. Die Problematik des Treuhandvertrages und der Treuhandvollmacht		57
I. Die Unwirksamkeit des Treuhandvertrages wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz		57
1.	Die Entscheidung des IX. ZR des BGH vom 28.9.2000 – Genehmigungsbefähigung nach Art. 1 § 1 I 1 RBerG für Treuhändertätigkeit im Rahmen der Bauträgermodelle	57
2.	Genehmigungsbefähigung der Treuhändertätigkeit im Rahmen der Bauherrenmodelle sowie der geschlossenen Immobilienfonds	61
3.	Rechtsprechungsanalyse	63
3.1.	Die Treuhandtätigkeit als Besorgung einer fremden Rechtsangelegenheit	63
3.1.1.	Schutzzweck des Rechtsberatungsgesetzes	63
3.1.2.	Gebot der verfassungskonformen restriktiven Auslegung des Rechtsberatungsgesetzes	64
3.1.3.	Der Begriff der Rechtsbesorgung i.S.v. Art. 1 § 1 RBerG in Abgrenzung zur rein wirtschaftlichen Betätigung	66
3.1.4.	Der Ausnahmetatbestand des Art. 1 § 5 RBerG	68
3.1.5.	Die Kritik der Literatur	70
3.1.6.	Stellungnahme	72
3.1.7.	Zwischenergebnis	74
3.2.	Nichtvorliegen einer Rechtsprechungsänderung	75
3.3.	Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz auch bei Vertretung des Treuhänders durch einen Rechtsanwalt	76
3.3.1.	Der Ausnahmetatbestand des Art. 1 § 3 Nr. 2 RBerG	76

3.3.2.	Die Ansicht der Rspr. und h.M. in der Lit. zur Anwendbarkeit von Art. 1 § 3 Nr. 2 RBERG im Rahmen einer Erfüllungsgehilfentätigkeit	77
3.3.3.	Die Kritik der neueren Literatur	78
3.3.4.	Stellungnahme	79
3.4.	Die Nichtigkeit des Treuhandvertrages gem. § 134 BGB als Rechtsfolge des Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz	81
3.5.	Ergebnis	82

II. Die Unwirksamkeit der Treuhandvollmacht aufgrund der Unwirksamkeit des Treuhandvertrages 83

1.	Die Entscheidung des III. ZR. des BGH vom 11.10.2001 – Erstreckung der Nichtigkeit des Treuhandvertrages auf die Treuhandvollmacht	83
2.	Rechtsprechungsanalyse	85
2.1.	Nichtigkeit der Vollmacht wegen § 139 BGB	85
2.1.1.	Der Zweck des § 139 BGB	85
2.1.2.	Der Begriff des einheitlichen Rechtsgeschäfts i.S.d. § 139 BGB	86
2.1.3.	Die Problematik der Anwendbarkeit des § 139 BGB auf die Vollmacht wegen der Möglichkeit des Verstoßes gegen das Abstraktionsprinzip	87
2.1.3.1.	Der Grundsatz der Abstraktheit von Vollmacht und Ermächtigungsgeschäft	88
2.1.3.2.	Exkurs: Die Möglichkeit der Verbindung von Kausal – und Erfüllungsgeschäft zu einem einheitlichen Rechtsgeschäft i.S.v. § 139 BGB	91
2.1.3.3.	Die Möglichkeit der Verbindung von Vollmacht und Grundgeschäft zu einem einheitlichen Rechtsgeschäft i.S.v. § 139 BGB	93
2.1.3.4.	Stellungnahme	95
2.1.4.	Der Einheitlichkeitswille der Parteien	96
2.1.5.	Ergebnis	97
2.2.	Die Nichtigkeit der Vollmacht gem. § 134 BGB	97

2.2.1.	Die Ansicht der Rechtsprechung und Teilen der Lit.: Der Schutzzweck des RBERG bedinge die Durchbrechung des Abstraktionsprinzips	98
2.2.2	Fehleridentität oder Durchbrechung des Abstraktionsprinzips? – Eine Gegenüberstellung	100
2.2.3.	Die Zulässigkeit der Durchbrechung des Abstraktionsprinzips	103
2.2.4.	Die Missbilligung des wirtschaftlichen Erfolges der unbefugten Rechtsbesorgung als Anknüpfungspunkt für die Nichtigkeit der Vollmacht	104
2.2.4.1.	Die Missbilligung des wirtschaftlichen Erfolges der unbefugten Rechtsbesorgung	105
2.2.4.2.	Das Erfordernis der Nichtigkeit der Vollmacht zur Verhinderung des Eintritts des missbilligten Erfolges	107
2.2.5.	Zwischenergebnis	107
2.3.	Verhältnis der Nichtigkeitsgründe (§ 134 BGB zu § 139 BGB)	108
3.	Ergebnis	109

III. Die Rechtsscheinhaftung des Anlegers 110

1.	Die Rechtsscheinhaftung des Anlegers nach Ansicht des XI. Zivilsenats des BGH	110
2.	Die Divergenz der Zivilsenate – ein Fall für den Großen Senat?	111
2.1.	Die Divergenz der Zivilsenate	111
2.1.1.	Divergenz zwischen II. und XI. Zivilsenat	111
2.1.2.	Divergenz zwischen IV. und XI. Zivilsenat	113
2.1.3.	Divergenz zwischen III. und XI. Zivilsenat	114
2.2.	Vorlagepflicht an den Großen Senat?	115
3.	Rechtsprechungsanalyse	116
3.1.	Die Anwendbarkeit der §§ 171, 172 BGB	116
3.1.1.	Die §§ 170 ff BGB als Ausfluss des Rechtsscheingedankens	116

3.1.2.	Der Umfang des Rechtsscheins der §§ 170 ff BGB	117
3.1.2.1.	Rechtsschein bezüglich der Fortdauer einer Bevollmächtigung	117
3.1.2.2.	Rechtsschein bezüglich des Bestands einer Bevollmächtigung	118
3.1.2.3.	Zwischenergebnis	122
3.1.3.	Der Vorrang der Nichtigkeitsnorm vor dem Drittschutz	123
3.1.3.1.	Vorrang des Schutzes des Minderjährigen und Geschäftsunfähigen vor dem Drittschutz	123
3.1.3.2.	Vorrang der Nichtigkeitsnorm des § 134 BGB i.V.m. Art. 1 § 1 RBerG vor dem Drittschutz	125
3.1.4.	Der Vertrauensschutz als Regelungszweck der §§ 171 ff. BGB	126
3.1.5.	Ausschluss der Rechtsscheinhaftung aufgrund mangelnder Schutzbedürftigkeit der Banken	127
3.1.5.1.	Fehlende Schutzbedürftigkeit nach § 173 BGB / fehlender objektiver Rechtsschein	127
3.1.5.2.	Fehlende Schutzbedürftigkeit aufgrund wirtschaftlicher Verknüpfung	131
3.1.6.	Zwischenergebnis	133
3.2.	Rechtsscheinhaftung des Anlegers aufgrund Anscheins- oder Duldungsvollmacht	134
3.2.1.	Anscheins- und Duldungsvollmacht als Tatbestände eines Rechtsscheins der Vollmacht	135
3.2.2.	Unanwendbarkeit der Grundsätze der Duldungs- und Anscheinsvollmacht	137
3.2.2.1.	Der Vorrang der Nichtigkeitsnorm	137
3.2.2.2.	Fehlen einer Regelungslücke	137
3.3.	Ergebnis und Rechtsfolgen	140

IV. Der Widerruf des Treuhandvertrages und der Treuhandvollmacht nach dem HWiG	141
1. Möglichkeit des Widerrufs des Treuhandvertrages und/oder der Vollmacht	142
1.1. Widerrufsrecht hinsichtlich der Vollmacht	142
1.2. Widerruf des Treuhandvertrages – Auswirkungen auf die Vollmacht	143
2. Ausschluss des Widerrufsrechts nach § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG?	144
3. Rechtsscheinhaftung des Anlegers	147
4. Anmerkung	148
Zusammenfassung	149

Literaturverzeichnis

- Altenhoff, Rudolf/
Busch, Hans/
Chemnitz, Jürgen Rechtsberatungsgesetz, Kommentar, 10. Aufl., Münster
1993
- Altenhoff, Rudolf/
Busch, Hans/
Kampmann, Kurt/
Chemnitz, Jürgen Rechtsberatungsgesetz, Kommentar, 9. Aufl., Münster
1991
- Altmeppen, Holger Disponibilität des Rechtsscheins Struktur und
Wirkungen des Redlichkeitsschutzes im Privatrecht,
Habil. Schrift, Bonn 1993
- Amm, Till Rechtsgeschäft, Gesetzesverstoss Und § 134 BGB, Diss.,
Bamberg 1982
- Angersbach,
Ullrich Das Bauherrenmodell. Eine Information für
Kapitalanleger und Anlageberater, Frankfurt a. M. 1980
- Arnold, Christian/
Gehrenbeck,
Cornelia Kein Rechtsschein nichtiger Treuhandvollmachten:
Auswirkungen des Rechtsberatungsgesetzes auf
Immobilienfinanzierungen bei Treuhandmodellen, VuR
2004, 41-46
- Arnold, Claudius Fehlgeschlagene Immobilienkapitalanlagen: Ausstieg
und Rückabwicklung von Bau-/ Fondsfinanzierungen,
Finanz-Colloquium Heidelberg, Stuttgart 2004; zit.:
Bearbeiter in: Finanz Colloquium Heidelberg,
Fehlgeschlagene Immobilienkapitalanlagen
- Assmann, Hans-
Dieter/ Schütze,
Rolf A. Handbuch des Kapitalanlagerechts, München 1990
- Bader, Peter Duldungs- und Anscheinsvollmacht. Zur Entwicklung
in der Rechtsprechung der Zivilgerichte und zur
dogmatischen Einordnung, Diss., Frankfurt am Main
1978
- Balzer, Peter Anmerkung zu BGH, Urt. v. 18.09.2001, WuB VIII D.
Art. 1
§ 1 RBerG, 5.02

Barnert, Thomas	Die kreditgebende Bank in der Rechtsprechung des BGH zur Projektbeteiligungs- und Immobilienfinanzierung, WM 2004, 2002-2013
Beuthien, Volker	Gilt im Stellvertretungsrecht ein Abstraktionsprinzip? - Zum Verhältnis von Auftrag, Amt und Vollmacht, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band I, München 2000
Bienert, Gunter	Anscheinsvollmacht und Duldungsvollmacht. Kritik der Rechtsprechung und ihrer Grundlagen, Marburg 1975
Biermann, Johannes	Zur Lehre von der Vertretung und Vollmacht, in: Festgabe der Giessener Juristenfakultät für Heinrich Dernburg zum April 1900, Berlin 1900
Birkenfeld, Wolfram	Treuhandverhältnisse im Steuerrecht, dargestellt im Rahmen von Bauherrenmodellen, BB 1983, 1088-1092
Bork, Reinhard	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Tübingen 2001
Brede, Helmut/ Kohaupt, Bernhard/ Kujath, Hans-Joachim	Ökonomische und politische Determinanten der Wohnungsversorgung, Frankfurt/M. 1975
Bruchner, Helmut	Bankenhaftung bei fremdfinanziertem Immobilienerwerb, WM 1999, 825-838
Brych, Friedrich/ Pause, Hans-Egon	Bauträgerkauf und Baumodelle, 1. Aufl., München 1989; 2. Aufl., München 1996 (zit. nach 2. Aufl. soweit nicht anders vermerkt)
Bülow, Peter	Kommentar zum Verbraucherkreditgesetz, Köln 1991
Bungeroth, Erhard	Die Rückabwicklung nach dem HWiG widerrufenen Immobiliarkredite - einige Gedanken zu den Ungereimtheiten der aktuellen Diskussion, WM 2004, 1505-1511
Canaris, Claus-Wilhelm	Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, Heidelberg 1983

Canaris, Claus-Wilhelm	Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2. Aufl., Berlin 1983, zit.: Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz
Canaris, Claus-Wilhelm	Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, München 1971
Canaris, Claus-Wilhelm	Rechtsscheinhaftung aufgrund unrichtiger Firmierung, NJW 1991, 2628-2629
Canaris, Claus-Wilhelm	Geschäfts- und Verschuldensfähigkeit bei Haftung aus „culpa in contrahendo“, Gefährdung und Aufopferung NJW 1964, 1987-1993
Chemnitz, Jürgen	Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 26.9.1996 – III ZR 266/95, EWiR 1997, 11-12
Chemnitz, Jürgen/ Johnigk, Frank	Rechtsberatungsgesetz, Kommentar, 11. Aufl., Münster 2003
Coen, Max/ Vogel, Holmer	Die Abhängigkeit der Einnahmen- Werbungskosten- Überschussrechnung von der Steuerbilanz bei geschlossenen Immobilienfonds, BB 1982, 1764-1772
Coing, Helmut	Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, München 1973
v. Craushaar, Götz	Die Bedeutung der Rechtsgeschäftslehre für die Problematik der Scheinvollmacht, AcP 174, 2-25
Dauner-Lieb, Barbara	Verbraucherschutz bei verbundenen Geschäften (§ 9 VerbrKrG), WM 1991 Heft 31 Sonderbeilage 11, 1-31
Derleder, Peter	Bankschaden und Bankrecht, NJW 2003, 2064-2066
Derleder, Peter	Der Kapitalanlageschutz durch Verbraucherkreditrechtliche Formanforderungen an die Vollmachten für Kapitalsammelgesellschaften, VuR 2000, 155-165
Derleder, Peter	Verbrauchervollmachten bei der Beteiligung an Steuersparmodellen des Immobiliensektors, ZfIR 2002, 1-11

Derleder, Peter/ Knops, Kai-Oliver/ Bamberger, Heinz Georg	Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, Heidelberg 2004
Deutsch, Erwin	Verbraucherschutz gegen den BGH, NJW 2003, 2881- 2882
Donath, Roland	Rechtsberatungsgesellschaften, ZHR 156, 134-173
Edelmann, Hervé	Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz und Wirksamkeit von Darlehensverträgen bei der Finanzierung von steuerorientierten Immobilienkapitalanlagen, DB 2001, 687-689
Edelmann, Hervé	Bankenhaftung - Aufklärungs- und Hinweispflichten bei der Finanzierung von Bauherren- und Erwerbermodellen, MDR 2000, 1172-1177
Eichler, Hermann	Die Rechtslehre vom Vertrauen - Privatrechtliche Untersuchungen über den Schutz des Vertrauens, Tübingen 1950
Eisenhardt, Ulrich	Die Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts und die Überwindung des Abstraktionsprinzips, JZ 1991, 271- 277
Enneccerus, Ludwig/ Nipperdey, Hans Carl	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil Band I, 2. Halbband, Tübingen 1960
Erbs/ Kohlhaas	Strafrechtliche Nebengesetze, Band 3, R 55: Rechtsberatungsgesetz, Stand: März 2005
Erman	Bürgerliches Gesetzbuch, Band I, §§ 1-811, UkaG, 11. Aufl., Köln 2004
Eujen, Heiko/ Frank, Rainer	Anfechtung der Bevollmächtigung nach Abschluss des Vertretergeschäfts? JZ 1973, 232-238
Fischer, Ansgar/ Machunsky, Jürgen	Kommentar zum Haustürwiderrufsgesetz, 2. Aufl., Neuwied, Kriftel, Berlin 1995
Fischer, Nikolaj	Anmerkung zu BGH-Urteil v. 9.4.2002 – XI ZR 91/99, DB 2002, 1266-1268

Flume, Werner	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 2. Aufl., Heidelberg 1975
Friedlaender, Max	Von fehlerhaften Vertreterhandlungen im Prozeß, JZ 1955, 305-308
Frisch, Stefan	Kreditfinanzierte Immobilienanlagen und Verbraucherschutz, VuR 1999, 432-440
Frisch, Stefan	Anmerkung zu LG Mannheim, Urt. v. 11.10.2002 – 9 O 76/01, EWiR 2003, 35-36
Frisch, Stefan/ Münscher, Michael	Haftung bei Immobilienanlagen, 2. Aufl., Köln 2003
Fritz, Bernhard	Bauträgermodelle und Rechtsscheinhaftung: Keine Divergenz der BGH-Senate?, ZfR 2003, 803-808
Frotz, Gerhard	Verkehrsschutz im Vertretungsrecht, Frankfurt a.M. 1972
Früh, Andreas	Zur Bankenhaftung bei Immobilien- Kapitalanlagen, ZIP 1999, 701-705
Füllmich, Reiner/ Rieger, Stefan	Treuhandmodelle als Quelle für Massenschäden in Milliardenhöhe, ZIP 1999, 427-434
Füllmich, Reiner/ Rieger, Stefan	Die Haftung der Banken für massenhaft fehlerhafte Treuhandmodellfinanzierungen, ZIP 1999, 465-476
Gallois, Franz-Peter	Die Anwendung des Haustürwiderrufgesetzes auf den Vertrieb von Bauherren- und Erwerbermodellen, BB 1990, 2062-2065
Gerneth, Johannes	Zur Rückabwicklung fremdfinanzierter Baumodelle bei einem Verstoß gegen das RBerG, VuR 2004, 125-130
Gernhuber, Joachim	Die fiduziarische Treuhand, JuS 1988, 355-363
Gerth, Ernst	Lage und Erwartungen des Mietwohnungsbaus im Bauherrenmodell, Göttingen 1982
Goldbeck, Werner/ Ude, Werner	Das Bauherrenmodell in Recht und Praxis, Darmstadt 1984

Grimm, Sascha	Haftung der Kreditinstitute bei Vertrieb und Finanzierung von Immobilienkapitalanlagen, Diss., Rostock 2003
Griwotz, Herbert	Kurzkommentar zu BVerfG Beschl. v. 27.9.2002 – 1 BvR 2251/01 (BGH), EWiR 2003, 33-34
Grunewald, Barbara	Rechtsberatung durch Telefonhotlines, ZIP 2000, 2005-2010
Gutmann, Thomas	Immobilienanlagen, Rechtsberatungsgesetz und die Vollmachten der Geschäftsbesorger, ZBB 2003, 424-435
Habersack, Mathias	Widerruf notariell beurkundeter Willenserklärungen?, ZIP 2001, 353-358
Habersack, Mathias/ Mayer, Christian	Der Widerruf von Haustürgeschäften nach der "Heininger"- Entscheidung des EuGH, WM 2002, 253-308
Häring, Dieter	Zur Geschichte und Wirkung staatlicher Interventionen im Wohnungssektor, Hamburg 1974
Häublein, Martin	Die Umsetzungsrechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Sachen „Heininger“ – Roma locuta, causa finita?, ZBB 2004, 1-10
Heckschen, Rudolf H.	Die Formbedürftigkeit mittelbarer Grundstücksgeschäfte, 1. Aufl., Baden-Baden, 1987
Hellgardt, Alexander/ Majer, Christian Friedrich	Die Auswirkung nichtiger Grundverhältnisse auf die Vollmacht – Eine rechtsdogmatische Einordnung und Bewertung der neueren BGH-Rechtsprechung zu den Bauherren- und Erwerbermodellen, WM 2004, 2380-2386
Henssler, Martin	Die Zukunft des Rechtsberatungsgesetzes, AnwBl 2001, 525-532
Henssler, Martin/ Prütting, Hanns	Bundesrechtsanwaltsordnung, Kommentar, 2. Auflage, München 2004
Hermanns, Stephan	Grenzen zulässiger Rechtsberatung durch die öffentliche Hand und den privaten Unternehmer, Bonn 2000; zugl. Diss., Köln 1999

Herresthal, Carsten	Formbedürftigkeit der Vollmacht zum Abschluss eines Verbraucherdarlehens, JuS 2002, 844-850
Herrmanns, Marc	Rechtsberatung durch Geschäftsbesorger - Sorgen für die Rechtsberater? DNotZ 2001, 6-14
v. Heymann, Ekkehardt	Die neuere Rechtsprechung zur Bankenhaftung bei Immobilien-Kapitalanlagen, NJW 1999, 1577-1586
v. Heymann, Ekkehardt	Bankenhaftung bei Immobilienanlagen, 14. Aufl., Frankfurt a. M. 2000
Hochleitner, Wolf- Dieter/ Wolf, Manfred/ Großrichter, Helge	Teleologische Reduktion auf Null? – Zur Zulässigkeit einer richtlinienkonformen "Auslegung" des § 5 Abs.2 HWiG in der Folge der "Heininger"- Entscheidung des EuGH, WM 2002, 529-535
Hoffmann, Jochen	Haustürwiderrufsrecht bei Realkrediten und verbundenes Geschäft, ZIP 2002, 1066-1075
Hoffmann, Jochen	Die Rechtsfolgen des Verbraucherwiderrufs und die Haustürgeschäftsrichtlinie - Unbeschränkter Gestaltungsspielraum des nationalen Rechts?, ZIP 2004, 49-57
Hoffmann, Jochen	Rechtsscheinhaftung beim Widerruf notarieller Vollmachten, NJW 2001, 421-422
Hoffmann, Jochen	Notarielle Bevollmächtigung und Haustürwiderrufsgesetz, ZIP 1999, 1586-1590
Hönn, Günther	Kompensation gestörter Vertragsparität, München 1982
Horn, Norbert/ Balzer, Peter	Zur Anwendbarkeit des Verbraucherkreditgesetzes auf Kreditvollmachten im Rahmen des Anlegerschutzrechts, WM 2000, 333-342
Hübner, Heinz	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl., Berlin, New York 1996
Hübner, Heinz	Zurechnung statt Fiktion einer Willenserklärung, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, Band I, München, Berlin 1964

Immenga, Ulrich	Bankenhaftung bei der Finanzierung steuerbegünstigter Anlagen, ZHR 151, 148-161
Jagenburg, Walter/ Weber, Frank	Die Entwicklung des Baubetreuungs-, Bauträger- und Wohnungseigentumsrechts seit 1999, NJW 2001, 3453-3461
Jansen, P.	Zur Postulationsfähigkeit der Notare im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, DNotZ 1964, 707-716
Joswig, Dietrich	Unwirksamkeit der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz, ZfIR 2003, 533-539
Kindl, Johann	Rechtsscheintatbestände und ihre rückwirkende Beseitigung, Habil. Schrift, Berlin, Heidelberg 1999
Kleine-Cosack, Michael	Restriktive Auslegung des Rechtsberatungsgesetzes, NJW 2003, 3009-3014
Kleine-Cosack, Michael	Kommentar zum Rechtsberatungsgesetz, Heidelberg 2004, zit.: Kleine-Cosack, RBerG
Kleine-Cosack, Michael	Vom Rechtsberatungsgesetz zum freien Wettbewerb, NJW 2000, 1593-1601
Klumpe, Werner/ Nastold, Ulrich	Immobilienfonds, 2. Aufl., Bonn 1997
Klumpe, Werner/ Nastold, Ulrich	Rechtshandbuch Ost – Immobilien, Eigentumserwerb, Immobilienrückerwerb und Grundstücksverkehr in den neuen Bundesländern, 2. Aufl., Heidelberg 1992
Koeble, Wolfgang	Die Rechtsnatur der Verträge mit Bauträgern (Baubetreuern), NJW 1974, 721-725
Koeble, Wolfgang	Rechtshandbuch Immobilien, Loseblattsammlung, Band I: Bauen und Finanzieren; Band II: Vermitteln, Verkaufen und Verwalten, Stand: Februar 1991, München 1991
Koller, Ingo	Kurzkommentar zu OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.5.1993 – 17 U 74/92, EWiR 1993, 867-868

Köndgen, Johannes	Die Entwicklung des Bankkreditrechts in den Jahren 1995-1999, NJW 2000, 468-482
König, Hartmut	Rechtsberatungsgesetz - Grundfragen und Reformbedürftigkeit, Diss., Essen 1993
Korte, Heinz	Handbuch der Beurkundung von Grundstücksgeschäften, eine Systematische Darstellung der Voraussetzungen und der Reichweite des § 313 BGB, München 1990
Kulke, Ulrich	Haustürwiderrufsrecht und Realkreditvertrag, ZBB 2002, 33-50
Kurth, Hans	Der geschlossene Immobilienfonds, Freiburg i. Br. 1986
Kurth, Hans/ Krükel, Bernd	Bauherren-, Bauträger- und Erwerbermodell, 2. Auflage, Oberursel/Ts. 1984
Laband, Paul	Die Stellvertretung nach dem allg. Deutsch. Handelsgesetzbuch, ZHR 10 (1866), 183-241
Ladenburger, Petra	Kapitalanlage und fehlerhafte Gesellschaft, BKR 2003, 153-155
Lange, Werner/ Frank, Michael	Widerruflichkeit von Darlehensverträgen zur Finanzierung von Immobilienfonds nach dem Haustürwiderrufgesetz, WM 2000, 2364-2369
Larenz, Karl	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., Heidelberg 1983
Larenz, Karl/ Wolf, Manfred	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004
Liebich, Dieter/ Mathews, Kurt	Treuhand und Treuhänder in Recht und Wirtschaft, 2. Aufl., Berlin 1983
Locher, Horst	Rechtsfragen des Baubetreuungsvertrages, NJW 1967, 326-329
Locher, Horst	Baubetreuungsrecht: unter Einschluss des Rechts der Bauträgerschaft, Düsseldorf 1973

Locher, Horst/ Koeble, Wolfgang	Baubetreuungs- und Bauträgerrecht: Bauherrenmodelle, Ersterwerbermodelle, 4. Aufl., Düsseldorf 1985
Locher, Horst/ König, Theophil	Bauherrenmodelle in zivil- und steuerrechtlicher Sicht, Düsseldorf 1982
Look, Frank van	Anmerkung zu BGH, Urt. v. 25.3.2003 – XI ZR 227/02, WuB VIII D. Art. 1 § 1 RBerG, 3.04
Lorenz, Stephan	Anmerkung zu BGH, Urt. v. 3.6.2002 – XI ZR 289/02, LMK 2003, 179-180
Ludwig, Georg	Notarielle Urkunden für die, die es angeht?, DNotZ 1982, 724-731
Lutz, Günter	Außengesellschaft oder Innengesellschaft? – Zum Problem des rechtlichen Zusammenschlusses von Bauherren zur gemeinsamen Errichtung einer Eigentumswohnanlage, DB 1981, 1953-1954
Medicus, Dieter	Allgemeiner Teil des BGB, Ein Lehrbuch, 8. Auflage, Heidelberg 2002
Medicus, Dieter	Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 13. Aufl., München 2002
Merk, Hanno	Die dogmatische Zuordnung der Duldungsvollmacht zwischen Rechtsgeschäft und Rechtsscheintatbestand, AcP 2004, 637-659
Meurer, Wolfgang/ Neunaber, Jörg	Das Aus für Geschäftsbesorgungsverträge bei Bauträgermodellen? – Vollmachten bei Bauträgermodellen im Lichte des RBerG, NZM 2002, 807
Mohr, Klaus	Der Treuhänder des Bauherrenmodells, Diss., Hamburg 1987
Möller, Cosima	Das Recht der Stellvertretung und der Verbraucherschutz, ZIP 2002, 333-341
Motive	Zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Allgemeiner Theil, Band I, Berlin, Leipzig 1888

Mugdan, Benno	Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, I. Band, Einführungsgesetz und Allgemeiner Theil, Berlin 1899
Mülbert, Peter O./ Hoger, Christian	"Schrottimmobilien" als fortressender Mangel - Fortbestand finanzieller Immobiliengeschäfte im Lichte neuester Rechtsprechung des II und XI. BGH-Zivilsenates, WM 2004, 2281-2294
Müller-Freienfels, Wolfram	Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen 1955
Münchner	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, §§ 1-240, AGB-Gesetz, 4. Aufl., München 2001 Band 2a, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 4. Aufl., München 2003 Zit.: Bearbeiter in: MüKo
Münchner	Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 2, §§ 355-802, 2. Aufl., München 2000
Nietschke, Manfred	Die Wirkung von Rechtsscheintatbeständen zu Lasten Geschäftsunfähiger und beschränkt Geschäftsfähiger, JuS 1968, 541-547
Nittel, Mathias	Nichtigkeit von Geschäftsbesorgungsvollmachten und ihre Auswirkungen auf Kreditverträge, NJW 2002, 2599-2602
Nittel, Mathias	Am Anfang war das verbundene Geschäft, NJW 2004, 2712-2717
Oechsler, Jürgen	Die Entwicklung des privaten Bankrechts im Jahre 2004, NJW 2005, 1406-1411
Oertmann, Paul	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Berlin 1927
Oertmann, Paul	Grundsätzliches zur Lehre vom Rechtsschein, ZHR 95 (1930), 443-465

Ott, Hendrik	Der Ausstieg aus Immobilienfondsbeteiligungen nach neuerer Rechtsprechung – Hoffnung für Kapitalanleger, DStR 2003, 2026-2031
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, 59. Aufl., München 2000; 63. Aufl., München 2004; zit.: Palandt/ Bearbeiter; (zit. nach 63. Auflage soweit nicht anders vermerkt)
Pawlowski, Hans-Martin	Allgemeiner Teil des BGB, Grundlehren des bürgerlichen Rechts, 7. Auflage, Heidelberg 2003
Pawlowski, Hans-Martin	Die gewillkürte Stellvertretung. Eine juristische Entdeckung der deutschen Rechtswissenschaft, JZ 1996, 125-132
Peters, Bernd/ Bräuninger, Nils	Immobilienkapitalanlagen, Darlehensvollmachten und das Rechtsberatungsgesetz, WM 2004, 2294-2306
Pfeiffer, Thomas	Der Einwendungsdurchgriff beim Realkredit, ZBB 1996, 304-321
Piekenbrock, Andreas/ Schulze, Götz	Die Grenzen richtlinienkonformer Auslegung – autonomes Richterrecht oder horizontale Direktwirkung, WM 2002, 521-529
Piepenstock, Karola	Rechtsberatung in den Medien, Diss., Bonn 2003
Pierer von Esch, Heinrich	Teilnichtige Rechtsgeschäfte – Das Verhältnis von Parteiwille und Rechtssatz im Bereich des § 139, Neuburg 1968, zit.: Teilnichtige Rechtsgeschäfte
Pressler, Christoph-Marc	Das Bauherrenmodell: Eine Analyse seiner rechtspraktischen Handhabung und Restriktion, Diss., Bremen 1990, zit.: Das Bauherrenmodell
Prinz, Ulrich	Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung - Systematische steuerliche Analyse unter besonderer Berücksichtigung von Bauherren- und Erwerbermodellen, Diss., Köln 1984
Quast, Dieter	Das Bauherrenmodell - Ein steuerpolitisches Ärgernis? DB 1983, 2113-2118
Reich, Norbert	Anmerkung zu BGH, Urt. v. 11.10.2001 - III ZR 182/00, EWiR 2002, 259-260

Reinelt, Ekkehart	Zur Formbedürftigkeit des Gesellschafterbeitritts bei geschlossenen Immobilien-Fonds, NJW 1992, 2052-2055
Reiter, Julius F./ Methner, Olaf	Neue Rechtsprechung zu Treuhandmodellen – Anmerkung zu BGH, Urteil vom 28.9.2000, VuR 2001, 193-198
Reiter, Julius F./ Methner, Olaf	Unwirksamkeit einer "Treuhandervollmacht zur Entreichung" – Anmerkung zu BGH Urt. v. 18.9.2001 (Az. XI ZR 321/00) und Urt. v. 11.10.2001 (Az. III ZR 182/00), VuR 2002, 57-62
Reithmann, Christoph	Der Treuhänder des Bauherrenmodells nach dem Rechtsberatungsgesetz, ZfIR 2004, 275-277
Reithmann, Christoph	Neue Vertragstypen des Immobilienerwerbs, NJW 1992, 649-654
Reithmann, Christoph/ Brych, Friedrich/ Manhart	Kauf vom Bauträger, 5. Auflage, Köln 1983
Reithmann, Christoph/ Meichssner, Claus/ v. Heymann, Ekkehardt	Kauf vom Bauträger, 7. Auflage, Köln 1995
Rennen, Günter/ Caliebe, Gabriele	Rechtsberatungsgesetz, Kommentar, 3. Aufl., München, 2001
Rennen, Günter/ Caliebe, Gabriele	Rechtsberatungsgesetz, Kommentar , 2. Aufl., München 1992
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, Band I, §§ 1-240, 12. Aufl., Berlin, New York 1982, zit.: RGRK-Bearbeiter
Rössner, Michael- Christian/ Schmitt, Stephan	Die fehlerhafte Bevollmächtigung des Treuhänders im Bauherrenmodell, BB 1985, 833-837

Rott, Peter	Duldungsvollmacht bei Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz?, NJW 2004, 2794-2799
Rott, Peter	"Heiniger" und die Folgen für das Widerrufsrecht, VuR 2002, 49-55
Rott, Peter	Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für die Rückabwicklung von Haustürgeschäften, VuR 2003, 409-414
Rottleuthner, Hubert	Die Praxis des Rechtsberatungsgesetzes – eine rechtstatsächliche Untersuchung, NJW 2004, Beilage zu Heft 27/2004, 40-45
Rümker, Dietrich	Haftung der Bank aus der Finanzierung von Bauherrenmodellen und geschlossenen Immobilienfonds-Modellen, ZHR 151 (1987), 162-178
Sauer, Stefan	BB-Kommentar, BB 2002, 431-432
Sauer, Stefan/ Wittemann, Frank	Das Rechtsberatungsgesetz und die Wirksamkeit von Geschäftsbesorgungsverträgen- Vorgaben des Verfassungsrechts, BKR 2003, 656-664
Schilken, Eberhard	Wissenszurechnung im Zivilrecht, Bielefeld 1983
Schimansky, Herbert/ Bunte, Hermann-Josef/ Lwowski, Hans- Jürgen	Bankrechtshandbuch Band I, München 1997
Schmidt, Ludwig	EStG, Einkommenssteuergesetz, Kommentar, 23. Aufl., München 2004, zit.: Schmidt/ Bearbeiter
Schniewind, Friedrich	Mittelabfluß vor Zusammentritt der Bauherrengemeinschaft BB 1982, 2014-2018
Scholz, Hellmut/ Lwowski, Hans- Jürgen	Recht der Kreditsicherung, 7. Aufl., 1994
Schönberger, Christoph	Rechtsberatungsgesetz und Berufsfreiheit, NJW 2003, 249-256

- Schöneberger, H. Peter Die Grenzen der Rechtsbesorgungsbefugnis des Steuerberaters nach dem Rechtsberatungsgesetz, Diss. Bamberg 1976
- Schönfelder, Matthias Anmerkung zu BGH, Urt. v. 11.10.2001 , WuB VIII D. Art. 1 § 1 RBerG, 6.03
- Schorn, Hubert Die Rechtsberatung, 2. Aufl., Darmstadt 1967
- Schott, Clausdieter Der Mißbrauch der Vertretungsmacht, AcP 171, 385-402
- Schulte, Karl-Werner/ Bone-Winkel, Matthias/ Vogler, Jochen H. Handbuch Immobilien-Investitionen, Köln 1998
- Schumann, Lutz Das Bauherrenmodell im Wohnungsbau. Köln 1983
- Schwintowski, Hans-Peter/ Schäfer, Frank Bankrecht, Commercial Banking, Investment Banking, 2. Aufl., München 2004
- Siol, Joachim Die bürgerlich rechtliche Prospekthaftung im engeren Sinn, DRiZ 2003, 204-209
- Soergel Kommentar zum BGB, Band 2, Allgemeiner Teil 2, §§ 104-240, 13. Aufl., zit.: Bearbeiter in: Soergel
- Sommer, Marcus Nichtigkeit von Geschäftsbesorgungsverträgen wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz, NotBZ 2001, 28-30
- Spickhoff, Andreas Bankenhaftung bei fehlgeschlagenen Immobilienerwerber- Treuhandmodellen BB 1999, 165-173
- Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen
- Erstes Buch, Allgemeiner Teil, §§ 90-240, 12. Aufl., Berlin 1980
- Erstes Buch, Allgemeiner Teil, §§ 134-163, 13. Bearbeitung, Neubearbeitung 2003, Berlin 2003 (zit. nach Neubearbeitung 2003 soweit nicht anders vermerkt)

Erstes Buch, Allgemeiner Teil, §§ 164-240,
Neubearbeitung 2004, Berlin 2004

Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 293-327,
13. Bearbeitung 1995, Berlin 1995

Verbraucherkreditgesetz; Haustürwiderrufsgesetz: § 13a
UWG; Teilzeit- Wohnrechtsgesetz, 13. Bearbeitung,
Neubearbeitung 2001, Berlin 2001

Zit.: Bearbeiter in: Staudinger

Staudinger, Ansgar Der Widerruf bei Haustürgeschäften: eine unendliche
Geschichte?, NJW 2002, 653-656

Stimmel, Ulrike Noch einmal: Wirksamkeit der vom Treuhänder
erklärten Zwangsvollstreckungsunterwerfung, ZfIR
2003, 577-583

Stüsser, Jörg Bankenhaftung bei gescheiterten Immobilien-
Treuhandmodellen NJW 1999, 1586-1591

Taupitz, Jochen Rechtsanwalts-GmbH zugelassen: Durchbruch oder
Intermezzo? NJW 1995, 369-371

Tewes, Dieter Steuerlich anerkannte Bauherrenmodelle,
Loseblattsammlung, Stand: 01/1992; zit.: Bearbeiter in:
Tewes

Thomas, Heinz/
Putzo, Hans Zivilprozessordnung, Kommentar, 24. Aufl., München
2002

v. Thur, Andreas Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Zweiter
Band, Zweite Hälfte, Berlin 1957

Wagner, Klaus-R. Chancen und Risiken von in 1996 aufgelegten und ab
1997 vertriebenen Konservierungsmodellen, BB 1997,
1974-1981

Wagner, Klaus-R. Strukturveränderungen und Haftungssysteme im freien
und geregelten Immobilien- Kapitalanlagemarkt, BB
2000 Beilage 11

Wagner, Klaus-R.	Zivilrechtliche Folgen für aussteigewillige Anleger notleidender Immobilienfonds, WM 2004, 2240-2250
Wagner, Klaus-R./ Loritz, Karl-Georg	Konzeptionshandbuch der steuerorientierten Kapitalanlage, 1. Auflage, München 1993
Wagner, Klaus-R./ v. Heymann, Ekkehardt	Umgang mit Not leidenden geschlossenen Immobilienfonds - Teil I -, WM 2003, 2222-2232
Wellspacher, Moritz	Das Vertrauen auf äussere Tatbestände im bürgerlichen Recht, Wien 1906; zit.: Wellspacher, Vertrauen
Werner, Horst S./ Machunsky, Jürgen	Rechte und Ansprüche geschädigter Kapitalanleger, 3. Aufl., Göttingen 1991
Westa, Rudolf	Prospekt- und Vertriebshaftung bei steuerbegünstigten Kapitalanlagen, Frankfurt a.M., Bern, New York, Paris 1988; zugl. Diss., Mannheim 1987
Westermann, Harm Peter	Sachenrecht, 17. Aufl., München 2001
Westermann, Harm Peter	Gesellschaftsbeitritt als Verbraucherkreditgeschäft, Teil II, ZIP 2002, 240-250
Westermann, Harm Peter	Gesellschaftsbeitritt als Verbraucherkreditgeschäft, Teil I, ZIP 2002, 189-200
Westermann, Harry	Die Grundlagen des Gutgläubensschutzes, JuS 1963, 1-8
Westphal, Thomas	Zivilrechtliche Vertragsnichtigkeit wegen Verstoßes gegen gewerbliche Verbotsgesetze, Berlin 1985
Wewers, Otger	Steuervergünstigungen nach dem Gesetz über Sonderabschreibungen und Abzugsbeträge im Fördergebiet, DB 1991, 1539-1546
Wewers, Otger/ Hoffmann, Brigitte	Steuerliche Förderinstrumente für die neuen Bundesländer und Berlin, 2. Auflage 1992
Wolf, Manfred	Anmerkung zu BGH, Urt. v. 25.3.2003 – XI ZR 227/02, LMK 2004, 138-139
Wolfsteiner, Hans	Bauherrenmodelle in der notariellen Praxis, DNotZ 1979, 579-596

Worms, Alexander Anlegerschutz durch Strafrecht: eine kritische Analyse
des neuen Tatbestandes „Kapitalanlagebetrug“, Diss.,
Göttingen 1986

Weitere Quellen:

Der Spiegel: - „Kredite aus der Ferne“, Heft 13, 1998, S. 122-123
- „Kostspieliger Schrott“, Heft 8, 2004, S. 36-37

www.immobetrug.de - Internetseite besucht am 04.11.2004

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.F.	alte Fassung
Abs.	Absatz
AbzG	Abzahlungsgesetz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
AG	Aktiengesellschaft
AnwBl	Anwaltsblatt
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
AVO	Ausführungsverordnung
Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKR	Bankrecht
BStBl.	Bundessteuerblatt
c.i.c.	culpa in contrahendo
DB	Der Betrieb
Diss.	Dissertation
DNotZ	Deutsche Notar Zeitschrift
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DStR	Deutsches Steuerrecht
EStG	Einkommenssteuergesetz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FördG	Fördergebietsgesetz
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
h.M.	herrschende Meinung
HGB	Handelsgesetzbuch
HWiG	Haustürwiderrufsgesetz
XXVI	

i.e.S.	im engeren Sinn
i.S.d.	im Sinne des
i.S.v.	im Sinne von
i.w.S.	im weiteren Sinn
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kommanditgesellschaft
KG	Kammergericht
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung
m.E.	meines Erachtens
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MaBV	Makler- und Bauträgerverordnung
MDR	Monatschrift für deutsches Recht
MüKo	Münchener Kommentar
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungsreport
NotBZ	Zeitschrift für notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis
Nr.	Nummer
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Entscheidungssammlung der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
op. cit.	opus citatum
RBerG	Rechtsberatungsgesetz
RGewO	Reichsgewerbeordnung
RGZ	Entscheidungssammlung des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
S.	Seite
StBerG	Steuerberatungsgesetz
str.	strittig
u.a.	unter anderem
u.s.w.	und so weiter
Urt.	Urteil
UStG	Umsatzsteuergesetz
v.	vom
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VuR	Verbraucher und Recht
WM	Wertpapiermitteilungen
WuB	Entscheidungssammlung Wirtschafts- und Bankrecht
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft

ZfIR	Zeitschrift für Immobilienrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZR	Zivilsenat des Bundesgerichtshofs

Einleitung

I. Problemstellung und Zielsetzung der Arbeit

Zu Beginn der neunziger Jahre hat das bis dahin fast in Vergessenheit geratene Bauherrenmodell wieder neue Aktualität erlangt.¹ Unter dem neuen Begriff Treuhandmodell² wurden über sogenannte Strukturvertriebe³ Klein- und Kleinstwohnungen⁴ sowie Beteiligungen an geschlossenen Immobilienfonds⁵ vornehmlich an Anleger mit mittleren und geringen Einkommen⁶ vertrieben, deren Erwerb bzw. Beteiligung von vielen deutschen Großbanken⁷ durch die Vergabe von Darlehen finanziert wurde.

Als die den Anlegern versprochenen Gewinne in Form von Mieteinnahmen und Steuervorteilen ausblieben und die Darlehensrückführung sich nicht - wie von den Vertriebsmitarbeitern der Strukturvertriebe als Hauptverkaufsargument angeführt wurde - allein hieraus finanzierte⁸, fühlten sich die Anleger von den Anlageberatern und den finanzierenden Banken betrogen⁹ und überzogen die Zivilgerichte mit einer regelrechten Prozessflut mit dem Ziel, von der Darlehensrückführungsverpflichtung bzw. von der Zinszahlungsverpflichtung freigestellt zu werden¹⁰.

¹ Fuellmich/ Rieger, ZIP 1999, 427.

² Allgemein hat sich für die neue Form der Bauherrenmodelle, bei Einschaltung von Treuhändern und Strukturvertrieben der Oberbegriff Treuhandmodell eingebürgert, vgl. Fuellmich/ Rieger, ZIP 1999, 427; BGH, ZIP 1998, 154; Grunsky, EWiR 1998, 727; Stüsser, NJW 1999, 1586.

³ Vgl. zum Aufbau der Vertriebsstruktur Kap. B. I.

⁴ Fuellmich/ Rieger, ZIP 1999, 427.

⁵ v. Heymann, NJW 1999, 1577.

⁶ Vgl. hierzu Kap. B. III.

⁷ Unter den finanzierenden Banken befanden sich die Commerzbank, Badenia und die Hypo-Vereinsbank sowie weitere dt. Großbanken; vgl. die TAZ v. 16.2.2004.

⁸ Vgl. hierzu Kap. C.

⁹ Viele Anleger organisierten sich in Gruppen zum Erfahrungsaustausch, vgl. insoweit die Internetseite: www.immobetrug.de.

¹⁰ Zusammenstellung der bisher ergangenen Urteile im Urteil des LG Stuttgart v. 29.12.2000, Az.: 18 O 437/00.

Der Bundesgerichtshof hatte in diesem Zusammenhang zu unterschiedlichen Problemen Stellung genommen¹¹. Unter anderem hatte der IX. Zivilsenat in seinem Urteil vom 28. September 2000 (IX ZR 279/99) entschieden, dass der auf den Erwerb der Immobilie gerichtete Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen dem Anleger und dem mit der umfassenden Geschäftsabwicklung beauftragten Treuhänder wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 I RBERG nichtig ist. Der III. Zivilsenat entschied in seinem Urteil vom 11. Oktober 2001 (III ZR 182/00), dass sich die Nichtigkeit insoweit auch auf die dem Treuhänder zur Geschäftsbesorgung erteilte Vollmacht erstrecke. Der XI. Zivilsenat kommt in einem solchen Fall in seinem Urteil vom 14. Mai 2002 (XI ZR 155/01) zu einer Rechtsscheinhaftung des Anlegers im Einzelfall aufgrund der erteilten Treuhandvollmacht und mithin zur Wirksamkeit des abgeschlossenen Darlehensvertrages.

Die vorliegende Arbeit setzt sich eingehend mit diesen drei Urteilen auseinander. Insbesondere sollen die Gründe herausgearbeitet werden, die zu einer Ablehnung der vom BGH entwickelten Rechtsscheinhaftung im Hinblick auf eine Anscheins- und Duldungsvollmacht und mithin auf die sich hieraus ergebende Einzelfallbetrachtung führen.

¹¹ Problematisch war die Frage, ob das HWiG beim kreditfinanzierten Beitritt zu einem geschlossenen Immobilienfonds zur Anwendung kommt, vgl. BGH, Urt. v. 14.6.2004 - II ZR 395/01, sowie in diesem Zusammenhang Voraussetzungen und Folgen des verbundenen Geschäfts i.S.v. § 9 I 2 VerbrKrG BGH, Urt. v. 28.6.2004 - II ZR 393/02, vgl. zur Rückabwicklungsproblematik BGH, Urt. v. 14.6.2004 - II ZR 395/01, NJW 2004, 2731.

II. Gang der Untersuchung

In Teil A wird der Begriff des Bauherrenmodells dargestellt. Ausgegangen wird insoweit von dem Begriff des Bauherrenmodells als Oberbegriff für steuersparende Kapitalanlagen. Im Folgenden werden die in der Praxis zuletzt am häufigsten vorkommenden Steuersparmodelle vorgestellt. Im Anschluss hieran soll der Frage nachgegangen werden, ob aufgrund der Auseinandersetzung mit der zivilrechtlichen Problematik der vorgestellten Modelle der an der steuerrechtlichen Problematik orientierte Begriff des Bauherrenmodells durch den an der zivilrechtlichen Problematik orientierte Oberbegriff des Treuhandmodells ersetzt werden muss. Abschließend wird die Vertriebsstruktur der Treuhandmodelle erläutert.

Eine Darstellung der Entwicklung der Immobilienkapitalanlagemodelle erfolgt in Kapitel B. In Teil I wird zunächst die wirtschaftliche Entwicklung der steuerorientierten Anlagemodelle aufgezeigt und sodann in Teil II auf die mit der Enttäuschung der Anlageinteressen einhergehende Rechtsprechungsentwicklung hinsichtlich des Widerrufs der Darlehensverträge und der Haftung der endfinanzierenden Banken eingegangen.

In Kapitel C wird ausführlich auf die Problematik des Treuhandvertrages und der Treuhandvollmacht eingegangen. Erörtert wird in Teil I zunächst eine Unwirksamkeit des Treuhandvertrages wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz. Zunächst wird die Rechtsprechung hierzu eingehend dargestellt, im Anschluss daran erfolgt eine Analyse derselben insbesondere im Hinblick auf deren Vereinbarkeit mit dem Schutzzweck und dem Gebot der restriktiven Auslegung des Rechtsberatungsgesetzes. In Teil II erfolgt sodann eine Auseinandersetzung mit der Ansicht der Rechtsprechung zur Erstreckung der Nichtigkeit auf die Treuhandvollmacht. Hierbei wird sich zeigen, dass eine solche Nichtigkeitserstreckung die Durchbrechung des Abstraktionsprinzips erfordert. Im Anschluss daran werden in Teil III die Gründe erörtert, welche zu einer Ablehnung der Ansicht der höchstrichterlichen Recht-

sprechung hinsichtlich der Rechtsscheinhaftung des Anlegers führen. Abschließend soll in Teil IV noch ein kurzer Überblick über die Möglichkeit des Widerrufs des Treuhandvertrages bzw. der Treuhandvollmacht nach dem HWiG gegeben werden.

A. Begriffsbestimmung: Verschiedene Arten des Bauherrenmodells

Als Bauherrenmodelle werden Vertragskonstruktionen bezeichnet, die auf dem Grundgedanken beruhen, dass mehrere Bauwillige gemeinsam ein Grundstück erwerben um darauf ein Gebäude zu errichten¹. Insoweit schließen sich Kapitalanleger zu einer Gemeinschaft zusammen, um gemeinsam Wohneinheiten errichten zu lassen, wobei die Errichtung zum Zwecke der Vermietung im Vordergrund steht².

Tatsächlich handelt es sich insoweit um eine Form der Kapitalanlage zum Zwecke der Steuerersparnis³. Entscheidend kommt es den Anlegern nämlich darauf an, keine fertig errichtete Wohnung zu kaufen, sondern, um in den Genuss von Steuervorteilen zu gelangen, am Bau von Eigentumswohnungen als Bauherr i.S.d. ertragssteuerrechtlichen bzw. grunderwerbsteuerrechtlichen Bauherrenbegriffs teilzunehmen⁴.

Demgegenüber werden unter dem Begriff Bauherrenmodell in der Literatur und Praxis aber auch ganz allgemein verschiedenste Steuerparmodelle zusammengefasst.

Unterschieden wird insoweit auch nach dem ertragssteuerrechtlichen Bauherrenbegriff zwischen Bauherrenmodell einerseits - hier ist der Anleger Bauherr im Sinne des einkommenssteuerrechtlichen Bauherrenbegriffs - und den Erwerbermodellen - hier ist der Anleger nicht Bauherr, sondern Erwerber.

Eine Unterscheidung aus diesem Grund ist jedoch m.E. aufgrund der Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 14.11.1989 hinfällig geworden⁵.

¹ Mohr, Der Treuhänder des Bauherrenmodells, S. 1 f.

² Schumann, Das Bauherrenmodell im Wohnungsbau, S. 1.

³ Angersbach, Das Bauherrenmodell, S. 5 f., vgl. hierzu auch eingehend Kap. A, I.

⁴ Angersbach, op. cit., a.a.O.; Pressler, Das Bauherrenmodell, S. 31; Brych/ Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, Rn. 502, vgl. zum steuerrechtlichen Bauherrenbegriff Kap. A. I 2.

⁵ Vgl. Kap. A. I. 2.

I. Das klassische Bauherrenmodell

Das „Kölner Modell“, das aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung als klassisches Bauherrenmodell bezeichnet werden muss⁶, gibt es seit Anfang der 70er Jahre⁷.

1. Ausgestaltung des klassischen Bauherrenmodells

Hinsichtlich der Ausgestaltung des klassischen Bauherrenmodells wird von manchen Autoren, keinesfalls einheitlich, zwischen dem kleinen und dem, zuletzt gebräuchlichsten, großen Bauherrenmodell unterschieden⁸.

Die Ausgangslage ist jedoch gleich.

Der Initiator⁹, meist eine Bautreuhand- oder Baubetreuungsgesellschaft, wirbt über einen Anlagevermittler die Bauherren für ein von ihm geplantes Bauprojekt zur Errichtung einer Wohnanlage¹⁰.

⁶ Pressler, Das Bauherrenmodell, S. 46 f.

⁷ Pressler, op. cit., S. 5 ff..

⁸ Eine Unterscheidung wird insoweit getroffen von Brych in: Brych/ Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, Rn. 524-531, Reithmann in: Reithmann/ Brych/ Manhart, Kauf vom Bauträger, Rn. 369 ff. und zwar danach, ob durch das Konzept vornehmlich der Hochverdiener angesprochen werden soll (dann großes Bauherrenmodell), oder durch den Versuch, den Anfall der Grunderwerbssteuer zu vermeiden, primär der Eigennutzer (dann kleines Bauherrenmodell); anders Locher/ König, Bauherrenmodelle in zivil- und steuerrechtlicher Sicht, S. 3 f., Eine Unterteilung findet hier danach statt, ob der Treuhandauftrag im Mittelpunkt steht; eine Unterteilung wird abgelehnt von Prinz, Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung, S. 491 und Pressler, op. cit., S. 49.

⁹ Als Initiator wird von Reithmann derjenige bezeichnet, von dem die Initiative zum Bau eines Bauvorhabens in der Form eines Bauherrenmodells ausgeht und der das Bauprojekt geplant hat, vgl. Reithmann in: Reithmann/ Meichssner/ v. Heymann, Kauf vom Bauträger, S.170. Dies ist nach den Untersuchungen von Fuellmich/ Rieger, ZIP 1999, 427 (431) nur vordergründig die Bautreuhand- oder Baubetreuungsgesellschaft, tatsächlich gingen die Modelle auf die Treuhänder, regelmäßig Steuerberater- und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften zurück.

¹⁰ Vgl. zu den Grundzügen des Bauherrenmodells: Schumann, Das Bauherrenmodell im Wohnungsbau., S. 1 ff.; Brych/ Pause, op. cit., Rn. 524 ff., Reithmann/ Brych/ Manhart, op. cit., Rn. 369 ff.

Die Bauherren schließen sich sodann nach der Zusammenführung durch den Initiator zu einer Bauherrengemeinschaft zusammen¹¹ mit dem Zweck der Errichtung von Eigentumswohnungen.

Bei dieser Bauherrengemeinschaft handelt es sich um eine BGB-Gesellschaft¹², die sich mit Fertigstellung der Wohnungen aufgrund Zweckerreichung nach § 726 BGB auflöst.

Die Bauherrengemeinschaft beauftragt einen Treuhänder, im Rahmen eines wegen § 311 b BGB (§ 313 a.F. BGB) notariell beurkundeten Treuhandvertrages. Dieser ist auf den Abschluss des mit dem Erwerbsvorgangs der Miteigentumsanteile am Grundstück sowie aller zur Durchführung des Bauvorhabens erforderlichen Verträge gerichtet. Der Treuhänder ist insoweit mit einer umfassenden Vollmacht ausgestattet, da dieser alle Verträge im Namen des Erwerbers abschließt, welchen er hierdurch unmittelbar berechtigt und verpflichtet. Die Abwicklung des Bauherrenmodells erfolgte insoweit typischerweise mit einem sog. umfassenden Treuhänder.

1.1. Der Treuhandvertrag

Durch den Treuhandvertrag beauftragt der Bauherr den Treuhänder mit dem Abschluss aller zur Durchführung des geplanten Bauvorhabens erforderlichen Verträge (umfassender Treuhandvertrag). Bei dem Treuhänder handelt es sich in den meisten Fallgestaltungen um eine

¹¹ Der BFH machte in seinem Urteil vom 6.10.1976, BStBl. II 1977, 88 die Anerkennung der Bauherreneigenschaft von dem Zusammenschluss der Bauherren zu einer Bauherrengemeinschaft abhängig.

¹² Str. war ob es sich um eine Innen- oder Außengesellschaft handelte; zivilrechtlich war die Aussengesellschaft wegen der gesamthänderischen Mithaftung wohl nicht gewollt, vgl. insoweit Pressler, Das Bauherrenmodell., S. 82 f.; str. jedoch ob steuerrechtlich erforderlich, was von der h.M. und der Finanzverwaltung jedoch abgelehnt wurde, vgl. insoweit Lutz, DB 1981, 1953; Finanzministerium Baden-Württemberg in: BB 1982, 2094.

Steuerbratungs- bzw. sogenannte Baubetreuungsgesellschaft, typischerweise in der Rechtsform einer GmbH.

Der Treuhandvertrag ist richtigerweise als Geschäftsbesorgungsvertrag mit Dienstleistungscharakter i.S.d. §§ 675, 611 BGB zu qualifizieren¹³.

Üblicherweise ist er mit dem Abschluss folgender Verträge betraut:

- a) Verträge, die der Organisation der Bauherren untereinander dienen:

Hierzu gehören die Auflassung hinsichtlich des Miteigentumsanteils am Grundstück, der Gesellschaftsvertrag der Bauherrengemeinschaft sowie der Vertrag zur Einräumung von Sondereigentum i.S.v. § 3 WEG.

- b) Verträge, die mit der Errichtung des Bauvorhabens zusammenhängen:

Der Treuhänder beauftragt wiederum die Bautreuhand- bzw. die Baubetreuungsgesellschaft (Initiator) damit, die Bauaufträge im Namen des Anlegers zu vergeben.

- c) Verträge, welche die Finanzierung betreffen:

Darlehensverträge für die Zwischen- und Endfinanzierung.

- d) Verträge, welche die spätere Nutzung des Objekts betreffen:

Bestellung eines Verwalters nach §§ 20, 26 ff. WEG, Miet- und Mietgarantieverträge.

Da im Rahmen des Bauherrenmodells der Treuhänder üblicherweise durch den Treuhandvertrag zum Grundstückserwerb für den Anleger berechtigt wird und sich der Bauherr insoweit schuldrechtlich zum Erwerb eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück verpflichtet,

¹³ Vgl. Reithman/ Brych/ Manhart, Kauf vom Bauträger, Rn. 430; Locher/ Koeble, Baubetreuungs- und Bauträgerrecht, Rn. 554.

ist der Treuhandvertrag notariell zu beurkunden gem. § 311 b BGB (§ 313 a.F. BGB)¹⁴.

1.2. Die Treuhandvollmacht

Zur Ausführung des Treuhandvertrages wird dem Treuhänder von dem Bauherren eine umfassende Treuhandvollmacht erteilt.

In der Literatur umstritten war, ob die Treuhandvollmacht selbst entgegen § 167 Abs. 2 BGB der notariellen Beurkundung nach § 311 b BGB (§ 313 a.F. BGB) bedarf.

Brych¹⁵ lehnt die Verdoppelung der Beurkundung ab, da für eine teleologische Reduktion des § 167 Abs. 2 BGB kein Bedürfnis sei. Die Einschränkung der Entschließungsfreiheit, welche eine Anwendung von § 311 b BGB (§ 313 a.F. BGB) bedinge, finde bereits in dem Treuhandvertrag statt.

Die ganz herrschende Meinung geht davon aus, dass der Treuhandvertrag und die Treuhandvollmacht regelmäßig in einem rechtlichen Zusammenhang i.S.v. § 139 BGB stehen und die Treuhandvollmacht daher aufgrund des Schutzzwecks des § 311 b BGB (§ 313 a.F. BGB) beurkundungspflichtig ist¹⁶.

¹⁴ Vgl. hierzu auch BGH, Urt. v. 24.9.1987 – VII ZR 306/86, in NJW 1988, 132 f.; die Beurkundungspflicht des Treuhandvertrages wird nicht in Zweifel gezogen, vgl. hierzu Brych/ Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, Rn. 547 f., Wulfka in: Staudinger, § 313, Rn. 127 f.

¹⁵ In Brych/ Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, Rn. 551 ff.

¹⁶ Vgl. Palandt/ Heinrichs, 61. Aufl., § 313, Rn. 22, unter Hinweis auf BGH, Urt. v. 9.7.1992, in NJW 1992, 3237, wobei der BGH in seinem Urt. v. 9.7.1992 die Frage der Beurkundungspflichtigkeit der Treuhandvollmacht offen ließ; Wulfka in: Staudinger, Aufl. 1995, § 313, Rn. 128 ff., 169 ff.; Rössner/ Schmitt, BB 1985, 833, unter Hinweis auf Wolfsteiner, DNotZ 1979, 579 ff.

Eine praktische Bedeutung hat dieser Streit insoweit nicht mehr, als bei den neuen Bauherrenmodellen sich in der Praxis die Vorgehensweise herausgebildet hat, Treuhandvertrag und Treuhandvollmacht, welche sich in einer vertraglichen Urkunde befinden, insgesamt zu beurkunden, so dass auch einer doppelten Beurkundungsverpflichtung genügt ist.

2. Der Bauherrenbegriff

Das BGB kennt den Begriff des Bauherren nicht. Die Vertragsparteien beim Werkvertrag heißen Unternehmer und Besteller; richtet sich der Werkvertrag jedoch auf die Herstellung eines Bauwerkes, so wird der Besteller als Bauherr bezeichnet. Bauherr in zivilrechtlicher Sicht ist somit derjenige, gegenüber dem sich der Bauunternehmer zur Herstellung eines Bauwerkes verpflichtet.

Im Rahmen des klassischen Bauherrenmodells unterfällt der Anleger diesem zivilrechtlichen Bauherrenbegriff. Der Treuhänder schließt mit einem Generalübernehmer bzw. mit einzelnen Bauhandwerkern Werkverträge im Namen des Anlegers, so dass dieser Besteller (Bauherr) i.S.v. § 631 BGB wird. Die Rechte und Pflichten des Bauherren gegenüber dem Bauunternehmer richten sich somit nach den § 631 ff. BGB.

Die Intention des klassischen Bauherrenmodells liegt jedoch nicht darin, den Anleger zu einem Besteller (Bauherr) in zivilrechtlicher Sicht zu machen.

Bei den Bauherrenmodellen (in ihren unterschiedlichsten Ausgestaltungen) handelt es sich um eine Form der Kapitalanlage, und zwar um eine steuerbegünstigte Kapitalanlage¹⁷. Als steuerbegünstigte Kapital-

¹⁷ Westa, Prospekt- und Vertriebshaftung bei steuerbegünstigten Kapitalanlagen, S. 21 f.

anlagen können solche Vermögensanlagen bezeichnet werden, bei denen in der Investitionsphase typischerweise der Eigenkapitaleinsatz über anfänglich gegebene Steuervorteile ganz oder teilweise finanziert werden kann, im Ergebnis aber im Regelfall der Effekt einer zinslosen Steuerstundung verbleibt¹⁸.

Entscheidend kam es dem Anleger insoweit darauf an, aufgrund der Vertragskonstruktion Steuervorteile zu erlangen. Prägend ist der einkommenssteuerrechtliche Bauherrenbegriff. Konkret ging es bei der Konstruktion der Bauherrenmodelle darum, dass der Anleger einkommenssteuerrechtlich als Bauherr und nicht als Erwerber angesehen wurde, da er nur so die Herstellungskosten in den Bereich der sofort abzugsfähigen Werbungskosten verlagern konnte¹⁹.

Bauherr in diesem Sinne ist, wer ein Gebäude auf eigene Rechnung und Gefahr baut oder bauen lässt²⁰. Der Bundesfinanzhof hat in seinem Grundsatzurteil vom 14.11.1989²¹ entschieden, dass die Anleger im Rahmen eines Bauherrenmodells nicht Bauherren in diesem Sinne sein können, soweit sie sich nur auf Grund eines von den Projektanbietern vorformulierten Vertragswerks beteiligen und sich bei den damit zusammenhängenden Rechtsgeschäften durch die Projektanbieter vertreten lassen. Somit unterfällt der Anleger im Rahmen eines Bauherrenmodells nicht mehr dem einkommenssteuerrechtlichen Bauherrenbegriff. Es wurde vielmehr dem typischen Bauherrenmodell die Bauherreneigenschaft abgesprochen²².

Macht man nunmehr die Einordnung der verschiedenen Steuerspar-konstruktionen unter den Begriff des Bauherrenmodells, wie Pressler

¹⁸ Westa, Prospekt- und Vertriebshaftung bei steuerbegünstigten Kapitalanlagen, S. 22.

¹⁹ Vgl. zu den steuerrechtlichen Aspekten: Pressler, Das Bauherrenmodell, S. 63 f., Goldbeck/ Uhde, Das Bauherrenmodell in Recht und Praxis, S. 344 ff., Locher/ König, Bauherrenmodelle in zivil- und steuerrechtlicher Sicht, S. 71 ff.

²⁰ Schmidt/ Dreseck, EStG, § 21, Rn. 111.

²¹ BFHE 158, 546.

²² Meichssner in: Reithmann/ Meichssner/ v. Heymann, Kauf vom Bauträger, Kap. E Rn. 8.

vorschlägt, davon abhängig, dass der Anleger Bauherr i.S.d. einkommenssteuerrechtlichen Bauherrenbegriffs ist, so ist der Begriff des Bauherrenmodells aufgrund der Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 14.11.1989 obsolet geworden. Ein Bauherrenmodell in diesem Sinne gibt es seither nicht mehr.

II. Das Erwerbermodell²³

Beim Erwerbermodell²⁴ ist der Anleger Käufer i.S.v. § 433 BGB, im Sinne des Einkommenssteuerrechts ist er Erwerber und nicht Bauherr. Der Anleger erwirbt hier ein fertiggestelltes und meist bereits vermietetes Objekt. Bei diesem Objekt handelt es sich meist um Immobilien, die im Rahmen eines Bauherrenmodells errichtet wurden, für die jedoch kein Bauherr gefunden wurde, so dass der Initiator selbst als Bauherr „einspringen“ musste. Zusammengefasst könnte man diese Objekte als Überschussimmobilien eines Bauherrenmodells bezeichnen, die dann auf gleichem Wege vertrieben werden, wie die Beteiligung an einem Bauherrenmodell, nämlich über Anlagevermittler.

Auch im Rahmen eines Erwerbermodells wird ein Treuhänder durch einen Treuhandvertrag²⁵, der als Geschäftsbesorgungsvertrag mit

²³ In der Lit. ist die Einordnung des Erwerbermodells uneinheitlich. Reithmann in: Reithmann/ Meichssner/ v. Heymann, Kauf vom Bauträger., Kap. D Rn. 184 ff., trifft keine Unterscheidung zwischen Erwerbermodell und Bauträgermodell. An dieser Sichtweise orientiert sich auch der IX. Zivilsenat des BGH in seiner Entscheidung vom 28.9.2000 (vgl. Kap. D. I. 1.). Strohm in: Assmann/ Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, S. 691 ff. weist das Erwerbermodell den Erhaltungsmodellen zu. Erhaltungsmodelle seien demnach Projekte, an denen sich Kapitalanleger erst mehr oder weniger lange nach erstmaliger Bezugsfertigstellung durch Erwerb einzelner Wohnungen beteiligen. Die hier vorgenommene Einteilung ist an die von Pressler vorgeschlagene angelehnt. Vgl. insoweit auch Brych/ Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, 1. Aufl., S. 269 ff., die auch zwischen Erwerber- und Bauträgermodell unterscheiden.

²⁴ Eine Variante des Erwerbermodells ist das Ersterwerbermodell, dies liegt nach Strohm in: Assmann/ Schütze, op. cit., S. 691 dann vor, wenn der Erwerb in der erstmaligen neuen Herstellung des Gebäudes erfolgt; a.A. Reithmann in: Reithmann/ Meichssner/ v. Heymann, op. cit., Kap. D Rn. 186, der vom Ersterwerbermodell spricht, wenn die Wohnung vom Ersteller bereits vermietet ist.

Dienstleistungscharakter zu qualifizieren ist, mit der umfassenden Vertragsabwicklung beauftragt und bevollmächtigt.

Im Einzelnen wird der Treuhänder beauftragt, den Kaufvertrag abzuschließen, sowie meist auch die mit der Finanzierung zusammenhängenden Darlehensverträge für den Anleger zu schließen. Darüber hinaus wird er mit der Vermietung des Objekts beauftragt.

Das Interesse des Anlegers an dieser Anlageform ist darin begründet, dass hier eine Steuervergünstigung eintreten soll, indem die Dienstleistungskosten des Treuhänders sowie andere Kosten zu sofort abzugsfähigen Werbekosten führen²⁶.

III. Das Bauträgermodell²⁷

Das Bauträgermodell lässt sich umschreiben als Kauf vom Bauträger, welcher über einen Anlageberater vermittelt und durch einen Treuhänder abgeschlossen wird.

Der Bauträger ist ein Gewerbetreibender, der das Bauvorhaben im eigenen Namen, für fremde oder eigene Rechnung vorbereitet und durchführt²⁸.

Beim Bauträgermodell verpflichtet sich der Bauträger zur Übergabe und Übereignung (§ 433 BGB) einer in der Herstellung befindlichen Immobilie.

²⁵ Hinsichtlich der Form des Treuhandvertrages und der Treuhandvollmacht kann vollumfänglich auf die Ausführungen in Kap. A. I. 1.1, 1.2. verwiesen werden.

²⁶ Vgl. zu den steuerlichen Aspekten der einzelnen Modelle Kap. B.

²⁷ Vgl. zu den Einzelheiten u.a. Reithmann/ Brych/ Manhart, Kauf vom Bauträger., S. 37 ff.; Goldbeck/ Uhde, Das Bauherrenmodell in Recht und Praxis, S. 19 f., Kurth/ Krügel, Bauherren-, Bauträger- und Erwerbermodell, S. 61 ff.

²⁸ Palandt/ Sprau, § 675, Rn. 14.

Vom herkömmlichen Bauherrenmodell (klassisches Bauherrenmodell) unterscheidet sich das Bauträgermodell somit dadurch, dass die Vorbereitung und Durchführung des Bauvorhabens allein beim Bauträger liegt. Beim klassischen Bauherrenmodell gibt es keinen Bauträger in diesem Sinne, Besteller (Bauherr) i.S.d. § 631 BGB ist der Anleger.

Vom Erwerbermodell unterscheidet sich das Bauträgermodell dadurch, dass der Erwerb beim Bauträgermodell *vor oder in* der Herstellungsphase des Objekts erfolgt, sowie dadurch, dass die Herstellung des Objekts mit den finanziellen Mitteln des Erwerbers realisiert wird. Beim Bauträgermodell ist somit die Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV)²⁹ anzuwenden.

Der Bauträgervertrag zwischen Bauträger und Erwerber ist ein Vertrag eigener Art³⁰. Daher sind die Rechte des Erwerbers wegen Sachmängeln des Grundstücks nach Kauf, wegen Sachmängeln des Bauwerks nach Werkvertragsrecht zu beurteilen. Dies gilt unabhängig davon, ob das Objekt bei Vertragsschluss bereits ganz oder teilweise fertiggestellt war³¹.

IV. Sanierungsmodelle³²

Bei dieser Modellform werden Altbauten in Eigentumswohnungen umgewandelt und die vorhandene Bausubstanz unter Ausnutzung der hierfür bestehenden steuerlichen Vorteile saniert und modernisiert.

²⁹ Die MaBV enthält Schutzvorschriften für den Käufer, sie findet gem. § 1 S.1 MaBV Anwendung für Gewerbetreibende, die gem. § 34 c Abs.1 GewO einer Erlaubnis bedürfen. Dies sind der Bauträger nach § 34 c Abs.1 Nr. 2a, sowie der Treuhänder nach § 34 c Abs. 1 Nr. 1 a und b GewO für Bauherrenmodelle (erst nach Änderung der GewO erfasst) und Immobilienfonds.

³⁰ Palandt/ Sprau, § 675 Rn. 14.

³¹ Palandt/ Sprau, § 633 Rn. 4, unter Hinweis auf BGH NJW 1973, 1235; BGHZ 68, 372; BGHZ 63, 96; BGHZ 65, 359; BGHZ 74, 205.

³² Vgl. im Einzelnen hierzu Brych/ Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle., 1. Aufl., S. 279 f.

Sanierungsmodelle kommen in der Gestalt des Bauherrenmodells und des Bauträgermodells vor³³. Wird ein Sanierungsmodell als Bauherrenmodell durchgeführt, so erwerben die Anleger Miteigentum an einem zu sanierenden Objekt und führen dann die Sanierung als Bauherrengemeinschaft durch. Kauft ein Anbieter hingegen ein Altbauprojekt, führt die Sanierung durch und verkauft den Anlegern nach erfolgter Teilung die Eigentumswohnungen, so liegt ein Bauträgermodell vor.

V. Der Immobilienfonds

Der Immobilienfonds ist eine steuerbegünstigte Kapitalanlage. Der Anleger erwirbt hier nicht unmittelbar Immobilieneigentum, sondern allenfalls mittelbar über die Beteiligung an einer Gesellschaft (geschlossener Immobilienfonds). Der Anleger ist bei dieser Anlageform also weder Bauherr noch Erwerber einer Immobilie, wonach der Immobilienfonds somit nicht zu den Bauherrenmodellen i.e.S. zu zählen ist. Versteht man jedoch unter dem Begriff Bauherrenmodell den Überbegriff für steuerbegünstigte Kapitalanlagen, so lässt sich auch der Immobilienfonds hierzu zählen³⁴.

„Fonds“ ist die Bezeichnung für eine Vermögensmasse, die auch als Sondervermögen bezeichnet werden kann³⁵.

Mittels eines Immobilienfonds werden Gelder einer breiten Masse von Anlegern gesammelt und zum Erwerb und der Verwaltung von Immobilienvermögen eingesetzt³⁶.

³³ Wird ein Altbauprojekt ohne Sanierungs- und Renovierungsarbeiten veräußert, handelt es sich um ein schlichtes Erwerbermodell, vgl. Brych/ Pause, op. cit., 1. Aufl., S. 279.

³⁴ Pressler, Das Bauherrenmodell, S. 42 unter Hinweis auf Coen/ Vogel, BB 1982, 1764.

³⁵ Klumpe/ Nastold, Immobilienfonds, S. 1.

³⁶ Vgl. zu den Einzelheiten des Immobilienfonds, Klumpe/ Nastold, op. cit.; Kurth, Der geschlossene Immobilienfonds, S. 17 ff.

Es gibt zwei Arten des Immobilienfonds, den offenen und den geschlossenen Immobilienfonds.

1. Der geschlossene Immobilienfonds

Geschlossene Immobilienfonds dienen regelmäßig zur Kapitalgewinnung für Großbauprojekte. Sein Zweck ist der Erwerb unbebauter Grundstücke zur späteren Bebauung und anschließender Verwaltung der Immobilie. Es handelt sich insoweit um einen geschlossenen Fonds, als es hierbei um den Erwerb oder die Errichtung feststehender oder noch zu bestimmender Immobilien geht. Das zur Finanzierung benötigte Eigenkapital steht vor Auflegung des Fonds fest. Ist es erreicht, so wird der Fonds geschlossen, weitere Anleger werden nicht mehr aufgenommen³⁷.

Der Fonds wird in der Rechtsform der Kommanditgesellschaft (KG) oder einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) geführt. Die Anleger beteiligen sich durch ihre Kapitaleinlage als Kommanditisten der KG bzw. als Gesellschafter der GbR. Rechtsform und Gesellschaftsvertrag stehen vor der Beteiligung durch die Anleger fest.

Durch ihre Einlage bringen die Anleger das Kapital auf, das die Gesellschaft zur Finanzierung ihrer Immobilieninvestitionen benötigt. Die Gesellschaft wird Eigentümerin der Immobilien³⁸, der Anleger nur mittelbar über seine Beteiligung an der Gesellschaft.

Der Vertrieb der Gesellschaftsanteile erfolgt wie bei den übrigen Modellen auch über einen Anlagevermittler, der den Anleger für die Kapitalanlage in einem Immobilienfonds wirbt.

³⁷ Vgl. zu den Einzelheiten Klumpe/ Nastold, Immobilienfonds, S. 4 f.; Kurth, Der geschlossene Immobilienfonds, S. 17 ff.

³⁸ Dies gilt insoweit auch für die GbR; die nach der Entscheidung des BGH als Außengesellschaft rechtsfähig ist, vgl. BGH NJW 2001, 1056.

Auch beim geschlossenen Immobilienfonds wird ein Treuhänder zur Vertragsabwicklung hinsichtlich der Gründung bzw. dem Erwerb der Gesellschaftsanteile eingeschaltet. Seine Aufgaben hängen von der vertraglichen Gestaltung des Immobilienfonds, also mithin davon ab, ob der Fonds als KG oder GbR geführt wird³⁹.

1.1. Der geschlossene Immobilienfonds in der Rechtsform der KG

Der Gesellschaftszweck der KG ist die Verwaltung und Vermietung von Immobilien⁴⁰, die von der Gesellschaft erworben wurden, oder - was jedoch selten der Fall ist - von den Gründergesellschaftern in die Gesellschaft eingebracht wurden⁴¹.

Gegründet wird die Gesellschaft durch den Initiator des Projekts und durch in dessen Geschäftskreis stehende Personen. Hierbei ist der Komplementär der einzige aus dem Kreis der Gründergesellschaftler, der in der Gesellschaft verbleibt. Die Kommanditisten treten nach der Gründungsphase wieder aus der Gesellschaft aus, an ihre Stelle treten dann die Anleger als Kommanditisten bzw. ein Treuhandkommanditist ein.

Der Anleger beauftragt in einem Treuhandvertrag einen Treuhänder mit der Abwicklung aller zum Gesellschaftsbeitritt erforderlichen Verträge.

³⁹ Für den geschlossenen Immobilienfonds steht nur die Rechtsform der GbR oder der GmbH zur Verfügung, da im Gegensatz zur AG oder GmbH nur hier die von der Gesellschaft erzielten steuerlichen Verluste dem Anleger zugerechnet werden können und sich diese insoweit steuermindernd für den Anleger auswirken, vgl. im Einzelnen Kurth, op. cit., S. 24.

⁴⁰ Die KG betreibt insoweit kein Handelsgewerbe i.S.v. § 1 Abs.2 HGB, sie kann jedoch nach §§ 105 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB errichtet werden.

⁴¹ Vgl. zu den Einzelheiten Kurth, Der geschlossene Immobilienfonds, S. 26 ff.

Wird der Anleger selbst Kommanditist, so handelt es sich um eine Verwaltungstreuhand⁴². Der Treuhänder schließt hier im Namen des Anlegers mit dem Komplementär den Beitrittsvertrag zur Gesellschaft, welcher der notariellen Beurkundung bedarf, da Gesellschaftszweck insoweit der Erwerb von Immobilieneigentum ist. Daher ist auch der Treuhandvertrag sowie die Treuhandvollmacht notariell zu beurkunden⁴³. Einer notariellen Beurkundung bedarf es hingegen nicht, wenn die Gesellschaft das vorgesehene Grundstück bereits erworben hat⁴⁴. Darüber hinaus schließt der Treuhänder für den Anleger gegebenenfalls auch den Darlehensvertrag zur Finanzierung der Einlage. Der Treuhänder nimmt im Namen des Anlegers dessen Gesellschafterrechte wahr.

Teilweise erfolgt die Beteiligung an einem Immobilienfonds in Form einer KG auch über einen Treuhandkommanditisten. Hierbei wird nicht der Anleger als Kommanditist ins Handelsregister eingetragen, sondern ein Treuhänder, der dann formal Kommanditist ist⁴⁵. Im Innenverhältnis der Gesellschafter untereinander wird jedoch der Anleger wie ein Kommanditist behandelt.

1.2. Der geschlossene Immobilienfonds in der Rechtsform der GbR

Gesellschaftszweck der GbR ist der Erwerb und die Verwaltung und Vermietung von Immobilienvermögen.

Wie bei den Bauherren- und Erwerbermodellen übernimmt ein Treuhänder die Abwicklung aller mit der Gründung und mit dem Beitritt

⁴² Vgl. zu den Einzelheiten von Verwaltungstreuhand und Treuhandkommanditist Kurth, Der geschlossene Immobilienfonds, S. 36 ff..

⁴³ Korte, Handbuch der Beurkundung von Grundstücksgeschäften, S. 197; Koeble, Rechtshandbuch Immobilien, Rn. 35, 69.

⁴⁴ Reinelt, NJW 1992, 2052; a.A. für notarielle Beurkundung auch in diesem Fall, Reithmann, NJW 1992, 649 (653); Heckschen, Die Formbedürftigkeit mittelbarer Grundstücksgeschäfte, S. 156.

⁴⁵ Diese Form bringt den Vorteil, dass das Handelsregister nicht ständig berichtigt werden muss, wenn der Gesellschafterbestand wechselt.

zur Gesellschaft zusammenhängenden Verträge für den Anleger. Auch hier ist üblicherweise der Treuhänder mit der Beschaffung des für die Einlage erforderlichen Kapitals durch den Anleger im Rahmen eines Darlehens betraut.

Da der Gesellschaftszweck üblicherweise primär den Erwerb von Immobilienvermögen beinhaltet, bedürfen sowohl der Gesellschaftsvertrag als auch der Treuhandvertrag sowie die Treuhandvollmacht der notariellen Beurkundung⁴⁶.

2. Der offene Immobilienfonds⁴⁷

Offene Immobilienfonds werden in der Rechtsform der Aktiengesellschaft oder der GmbH betrieben. Sie unterliegen dem Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften. Über die Beteiligung an einem offenen Immobilienfonds werden Anteilsscheine ausgegeben, es wird insoweit laufend neues Anlagekapital aufgenommen, sie sind somit nach dem open-end-Prinzip tätig. Auch die Immobilien, in die durch den Fonds investiert werden, sind nicht wie bei dem geschlossenen Immobilienfonds bestimmt und festgelegt. Es finden vielmehr ständig neue Investitionen in weitere Immobilienprojekte statt.⁴⁸

⁴⁶ Dies gilt nicht soweit die Gesellschaft die Immobilie bereits erworben hat, vgl. Reinelt, NJW 1992, 2052; und die vorstehenden Ausführungen unter Kap. A. IV. 1.1.

⁴⁷ Der Beitritt zum offenen Immobilienfonds erfolgt nicht über einen Treuhänder wie bei den Bauherrenmodellen, es stellen sich insoweit nicht die gleichen Probleme wie beim geschlossenen Immobilienfonds. Eine Darstellung des offenen Immobilienfonds erfolgt jedoch der Vollständigkeit halber im Überblick.

⁴⁸ Vgl. zu den Einzelheiten Klumpe/ Nastold, Immobilienfonds, S. 6 ff.

VI. Das Treuhandmodell – Ein neuer Oberbegriff?

1. Begriffsbestimmung aufgrund der Auseinandersetzung mit der zivilrechtlichen Problematik der Modelle

Die in den vorangegangenen Abschnitten vorgestellten Modelle weisen unter verschiedenen Gesichtspunkten Gemeinsamkeiten auf.

Alle Modelle wurden als steuersparende Kapitalanlagen konzipiert. Der Begriff Bauherrenmodell wurde daher lange Zeit von vielen Autoren als Oberbegriff für die einzelnen Steuersparmodelle verwendet. Dies erfolgte in Anlehnung an das klassische Bauherrenmodell, da dieses der Ursprung der Steuersparmodelle war.

Stellt man jedoch nicht die steuerrechtliche Problematik dieser Modelle in den Vordergrund, sondern deren vertragliche Abwicklung über Treuhänder, so lassen sich Bauherren- und Erwerbermodelle sowie der geschlossene Immobilienfonds unter dem Oberbegriff der Treuhandmodelle zusammenfassen. In der Literatur ist daher zunehmend der Begriff des Treuhandmodells zu finden, sobald eine Auseinandersetzung mit Problemen aufgrund der Vertragsabwicklung durch den Treuhänder erfolgt⁴⁹. Gemeinsam ist nämlich insoweit allen Modellen, dass der Anleger einen sog. Treuhänder⁵⁰ damit beauftragt, alle für die Abwicklung des jeweiligen Kapitalanlagensmodells erforderlichen Verträge sowie die Verträge zur Finanzierung des Anlagebetrages, namentlich der Darlehensverträge, abzuschließen.

⁴⁹ Vgl. Fuellmich/ Rieger, ZIP 1999, 427, der den Begriff der Treuhandmodelle verwendet, da dieser auf die Kernproblematik des Vertriebssystems deutlicher hinweist; unter Hinweis darauf, dass der Begriff Treuhandmodell nunmehr auch vom BGH verwendet wird in BGH ZIP 1998, 154; nachfolgend auch Spickhoff/ Petershagen, BB 1999, 165.

⁵⁰ Der Begriff des Treuhänders wurde von den Initiatoren der Konzepte selbst gewählt. Es liegt hier jedoch keine Treuhand im streng rechtlichen Sinne vor, sondern vielmehr eine solche im wirtschaftlichen Sinne. In der Lit. wird der Begriff des Treuhänders zwar verwendet, jedoch aufgrund der wirtschaftlichen Verflechtung des Treuhänders mit den Initiatoren als verfehlt angesehen; vgl. insoweit Fuellmich/ Rieger, ZIP 1999, 427, sowie die Ausführungen unter Kap. A. V. 1.2.

Der Begriff des Bauherrenmodells trifft die Treuhandproblematik nicht. Zudem erinnert er an die steuerrechtliche Problematik der Bauherreneigenschaft, die ohnehin auch für das klassische Bauherrenmodell durch den BFH abgelehnt wurde, so dass m.E. der Begriff Bauherrenmodell als weiterer Oberbegriff für steuerorientierte Immobilienkapitalanlagen ohnehin obsolet geworden ist.

Der Verständlichkeit halber sei hier noch einmal ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Begriff Bauherrenmodell weiterhin als Modellbezeichnung in Abgrenzung zu Erwerbermodell, Bauträgermodell sowie zum geschlossenen Immobilienfonds Bestand hat.

Die Zusammenfassung der unter Kap. A vorgestellten Modelle unter einem Oberbegriff muss sich jedoch, da eine Auseinandersetzung mit der steuerrechtlichen Problematik in ihren Einzelheiten nicht erfolgt, an dem Kern des dargestellten Problems, nämlich an der vertraglichen Abwicklung über einen Treuhänder, orientieren.

1.1. Die zentrale Stellung des Treuhänders im Rahmen der Immobilien- Kapitalanlagemodelle

Der Anleger beauftragt einen Treuhänder im Rahmen eines Treuhandvertrages mit dem Abschluss aller für den Erwerb der Immobilie bzw. des Fondsanteils erforderlichen Verträge. Darüber hinaus beauftragt der Anleger den Treuhänder mit dem Abschluss der für die Finanzierung erforderlichen Darlehensverträge.

In tatsächlicher Hinsicht kommt dem Treuhänder die zentrale Rolle in dem System der Treuhandmodelle zu. Sie schlossen nicht nur alle erforderlichen Verträge für den Anleger, sondern waren regelmäßig die wahren Initiatoren der Modelle⁵¹.

⁵¹ Fuellmich/ Rieger, ZIP 1999, 431 ff.

Für ihre Tätigkeit erhielten die Treuhänder enorme Provisionen und Gebühren, die auf den Kaufpreis der Immobilie bzw. des Fondsanteils aufgeschlagen wurden und dem Anleger zunächst verborgen blieben⁵².

1.2. Der Treuhandbegriff

Problematisch ist in diesem Zusammenhang der Begriff des Treuhänders, da für diesen im Rahmen der Treuhandmodelle nicht die Anlegerinteressen, sondern die eigenen, wirtschaftlichen Interessen im Vordergrund standen.

Festzustellen ist zunächst, dass es einen allgemein anerkannten Begriff der Treuhand nicht gibt⁵³.

Aufgrund einer unterschiedlichen Betrachtungsweise hat sich jedoch ein wirtschaftlicher und ein juristischer Treuhandbegriff herausgebildet⁵⁴. Dabei wird unter dem Treuhandverhältnis im Rechtssinne nur das fiduziarische Treuhandverhältnis verstanden⁵⁵. Kennzeichnend ist hierbei die rechtsgeschäftliche Übertragung von Vermögenswerten auf den Treuhänder, der dann die ihm anvertrauten Rechte nach außen hin als eigene halten und verwalten soll⁵⁶.

Bei den Treuhandmodellen liegt eine solche Treuhand im streng juristischen Sinne nicht vor. Erfolgt jedoch keine Übertragung von Rechten wie hier, so liegt allenfalls eine Treuhand im weiten wirtschaftlichen Sinne vor. Da der Treuhänder in offener Stellvertretung für den Anle-

⁵² Aufgrund der Einrechnung hoher Provisionen und Gebühren für den Treuhänder und den Strukturvertrieb in die Darlehen betrug der Wert der Immobilien, in Einzelfällen, nur die Hälfte der Darlehenssumme; dies berichtete der MDR in seiner Sendung Fakt vom 28.10.2004.

⁵³ Palandt/ Heinrichs, Überbl. v. § 104, Rn. 25, unter Hinweis auf Gernhuber, JuS 1988, 355 ff.

⁵⁴ Liebich/ Mathews, Treuhand und Treuhänder in Recht und Wirtschaft, S. 55 ff.

⁵⁵ Liebich/ Mathews, op. cit., a.a.O.

⁵⁶ Coing, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, S. 1 ff.

ger handelt, liegt hier eine Treuhand im wirtschaftlichen Sinne vor (unechte Treuhand)⁵⁷.

Das Wesen der Treuhand liegt darin, dass der Treuhänder überwiegend im Interesse des Treugebers handelt⁵⁸. Soweit der Treuhänder jedoch mit den Initiatoren der Modelle wirtschaftlich verflochten ist oder gar selbst der Initiator ist, liegt ein Interessenkonflikt auf der Hand. Aus diesem Grunde wurde in der Literatur bereits zu Zeiten des klassischen Bauherrenmodells die Einschaltung eines unabhängigen Treuhänders gefordert⁵⁹.

Bestimmt man den Inhalt der Treuhand aufgrund der Treuepflicht - wie Mohr⁶⁰ - danach, dass der Treuhänder ausschließlich im Interesse des Anlegers handelt und eigene wirtschaftliche Interessen zurückstellt, so liegt hier eine Entfremdung des Begriffs des Treuhänders vor. Der Begriff des Treuhänders im Rahmen der Treuhandmodelle darf somit m. E. nicht in seinem eigentlichen Sinne, als Wahrer der Interessen des Anlegers verstanden werden, sondern vielmehr losgelöst hiervon, im Sinne einer reinen Tätigkeitsbeschreibung.

1.3. Ergebnis

Aufgrund der Weite der Problemkreise sowohl in steuerrechtlicher als auch in zivilrechtlicher Hinsicht ist eine Konkretisierung und Eingrenzung der mit den vorgestellten Modellen verbundenen Problematiken erforderlich. Wie bereits dargestellt ist der Treuhänder die zentrale Figur bei allen Modellen, wobei insoweit unbeachtlich bleiben muss, dass hier eine Entfremdung des Treuhänderbegriffs vorliegt.

⁵⁷ Birkenfeld, BB 1983, 1088.

⁵⁸ Liebich/ Mathews, op. cit., S. 55 ff.

⁵⁹ Goldbeck/ Uhde, Das Bauherrenmodell in Recht und Praxis, Rn. 326 ff.; Schniewind, BB 1982, 2016.

⁶⁰ Mohr, Der Treuhänder des Bauherrenmodells.

Da eine Auseinandersetzung mit der Problematik des Treuhandvertrages sowie insbesondere der Treuhandvollmacht im Rahmen von Bauherren- und Erwerbermodell und geschlossenem Immobilienfonds erfolgt, wird der Begriff des Treuhandmodells als Oberbegriff für Bauherrenmodell, Erwerbermodell und geschlossene Immobilienfonds im Folgenden verwendet.

2. Der Aufbau der Treuhandmodelle

2.1. Die Vertriebsstruktur⁶¹

Ausgangspunkt für den Vertrieb der Treuhandmodelle sind die sog. Strukturvertriebe, welche in der Rechtsform einer GmbH geführt werden.

Der Anleger wird über die Vertriebsmitarbeiter mit festgelegten Verkaufstaktiken für die unterschiedlichen Modelle angeworben.

Um den Anleger zum Vertragsschluss zu bewegen, wurden folgende festgelegte, immer gleichgelagerte Verkaufsargumente angeführt:

- Der Anleger müsse sich um die mit dem Erwerb der Immobilie bzw. dem Fondsanteil zusammenhängenden Verträge nicht kümmern, da dies ein Treuhänder (regelmäßig Wirtschaftsprüfer, Steuerberater und Rechtsanwälte) erledige.
- Der Anleger werde über eine Vollfinanzierung ohne Erbringung einer Eigenleistung Eigentümer einer Immobilie bzw. Fondsgesellschafter.

⁶¹ Vgl. hierzu die Ausführungen von Fuellmich/ Rieger, ZIP 1999, 427. Die dubiosen Vertriebsmethoden boten insoweit immer wieder Anlass zur Berichterstattung in den Massenmedien, vgl. über die Vertriebspraktiken: „Kredite aus der Ferne“ in Spiegel 13/1998; MDR – Magazin Fakt, Beitrag vom 28.03.1998; „Kostspieliger Schrott“ in Spiegel 8/2004; MDR – Magazin Fakt, Beitrag vom 28.10.2004.

- Alle mit dem Erwerb der Wohnung zusammenhängenden Kosten sowie die Finanzierungskosten würden durch Steuervorteile und Mieteinnahmen aus dem Objekt gedeckt.

- Der Anleger könne die Immobilie innerhalb weniger Jahre mit Gewinn wieder verkaufen.

- Aufgrund der vom Initiator des Objekts gegebenen Mietgarantie trage der Anleger kein Risiko⁶².

Da die Verkaufsgespräche auf Initiative der Vertriebsmitarbeiter hauptsächlich in der Privatwohnung der Anleger bzw. an deren Arbeitsplatz stattfanden, trat hier infolgedessen auch die Problematik der Anwendbarkeit des Haustürwiderrufgesetzes auf⁶³.

Im Rahmen dieser Verkaufsgespräche, die darauf abzielten, eine schnelle Entscheidung des Anlegers zum Vertragsschluss herbeizuführen, wurde dann auch der Treuhandvertrag geschlossen. Der Vertriebsmitarbeiter handelte insoweit als Stellvertreter für den Treuhänder. Der Treuhandvertrag und die Treuhandvollmacht wurden sodann - oftmals noch am selben Tag - von Notaren, welche sich häufig zur ständigen Verfügung des Betriebs bereit hielten⁶⁴, beurkundet.

2.2. Die Rolle der Kreditinstitute⁶⁵

Hauptzielgruppe der Treuhandmodelle waren Anleger im geringen und mittleren Einkommensbereich. Eine Vollfinanzierung der Anlagebeträge war insoweit unerlässlich. Aus diesem Grund warben auch die Vertriebsmitarbeiter für das Anlagekonzept damit, dass der Anleger ohne Erbringung einer Eigenleistung Eigentümer einer Eigentums-

⁶² Prägend war hier der Begriff der „Sorglosimmobilie“ bzw. „Vollkasko- Immobilie“.

⁶³ Vgl. die Ausführungen unter Kap. C.

⁶⁴ Prägend ist hierfür der Begriff „Mitternachtsnotar“, welcher auf den Verein für Existenzsicherung zurückgeht, vgl. Fuellmich/ Rieger, ZIP 1999, 427 (431).

⁶⁵ Vgl. die Ausführungen von Fuellmich/ Rieger, ZIP 1999, 427.

wohnung werden könne. Um dies gewährleisten zu können, vermittelte der Treuhänder gegen Zahlung einer weiteren Gebühr einen Konsumentenkredit zur Eigenkapitalvorfinanzierung. Denn nach den internen Richtlinien der Banken muss der kreditgebenden Bank ein gewisser Prozentsatz an Eigenkapital nachgewiesen werden.

Nach Sicherstellung der Eigenkapitalvorfinanzierung wurde den Anlegern dann von einer weiteren Bank, der sog. endfinanzierenden Bank, ein Darlehen zur Finanzierung des Gesamtaufwandes gewährt. Diesen Darlehensvertrag schloss wiederum der Treuhänder für den Anleger ab⁶⁶.

Die Bank zahlte den Darlehensbetrag auf ein Treuhandkonto, über welches dem Treuhänder Verfügungsmacht eingeräumt worden war und von dem aus die verschiedenen Vertragspartner bezahlt wurden⁶⁷.

Die starke Einbindung der endfinanzierenden Bank in das jeweilige Treuhandmodell ergibt sich einerseits daraus, dass der Immobilienerwerb bzw. der Erwerb des Fondsanteils durch die Anleger an einer bestimmten Wohnanlage immer von der selben Bank finanziert wurde. Zum anderen folgt sie daraus, dass diese Bank auch die Herstellung der Wohnanlage durch den Bauträger finanzierte.

Der Bank war somit sowohl der Wert der einzelnen Wohnungen als auch die Höhe der Provisionen und Gebühren für den Treuhänder und das Vertriebssystem bekannt.

⁶⁶ Meist legte der Treuhänder bei Vertragsschluss die notariell beurkundete Treuhandvollmacht vor. Der BGH macht in seinem Urteil vom 14.5.2002, Az.: XI ZR 155/01 die Wirksamkeit des Vertretergeschäfts im Hinblick auf eine Rechtsscheinhaftung von der Vorlage der Originalvollmacht bzw. bei notarieller Beurkundung von der Vorlage der Ausfertigung abhängig.

⁶⁷ Vgl. Stüsser, NJW 1999, 1586.

B. Die wirtschaftliche Entwicklung der Immobilien- Kapitalanlage- modelle sowie die mit der Enttäuschung der Anlegerinteressen ein- hergehende Rechtsprechungsentwicklung zum Widerruf der Darle- hensverträge und zur Haftung der endfinanzierenden Bank

I. Die wirtschaftliche Entwicklung der Immobilien- Kapitalanlage- modelle

1. Die Entwicklung von 1970 bis 1990 im Überblick

Die Entstehung und Entwicklung der verschiedenen Immobilien- Kapitalanlagemodelle aufgrund wirtschaftlicher und steuerlicher Gegebenheiten sowie deren steuerliche Ausgestaltung im einzelnen war schon mehrfach Gegenstand verschiedener Veröffentlichungen¹. Eine Darstellung soll hier nur der Vollständigkeit halber im Überblick erfolgen.

Ausgangspunkt für die Entstehung von Immobilieneigentum als Kapitalanlagemodell war zunächst eine Einkommensverbesserung der Bevölkerung und damit die Zunahme der Sparfähigkeit seit Anfang der 50er Jahre².

Der Immobilienanlagemarkt teilt sich in institutionelle und private Anbieter sowie in gewerbliche und nicht gewerbliche (Wohnraumimmobilien) auf³.

1980 verfügte der Immobilienanlagemarkt über ein Gesamtvolumen von rund 14 Mrd. DM, wovon über die Hälfte des Anlagevolumens auf Wohnimmobilien entfielen. Mit einem Anlagevolumen von 7,5 Mrd.

¹ Vgl. hier beispielhaft Pressler, Das Bauherrenmodell.

² Wagner in: Assmann/ Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, § 22, Rn. 1, unter Hinweis auf Worms, Anlegerschutz, S. 1.

³ Bulwien in: Schulte/ Bone-Winkel/ Thomas, Handbuch der Immobilien-Investition, S. 41.

DM hatten die Bauherrenmodelle einen Marktanteil von über 50% des gesamten Immobilienkapitalanlagemarktes⁴.

1.1. Steuervorteile als Investitionsanreiz für Immobilienkapitalanlagen

Der Gesetzgeber nahm durch Steueranreize gezielt Einfluss auf die Entwicklung von Immobilien- Kapitalanlagen⁵. Beabsichtigt war die Förderung des privaten Wohnungsbaus zum Zwecke der Fremdvermietung, um den durch den Zweiten Weltkrieg bedingten Wohnungsfehlbestand auszugleichen⁶.

Hauptverkaufsargument insbesondere des klassischen Bauherrenmodells war insoweit die Ausnutzung von Steuervorteilen. Das Motiv des Anlegers, sich an einem solchen Modell zu beteiligen, lag daher in den Steuerspareffekten begründet⁷. Gerade Anleger mit Einkommen im Bereich des Spitzensteuersatzes hatten ein Interesse daran, durch Investitionsaufwendungen steuerlich sofort abzugsfähige Verluste herbeizuführen⁸, die mit den übrigen positiven Einkünften des Anlegers verrechnet werden konnten⁹. Dies wird durch eine möglichst hohe Veranschlagung von Werbekosten erreicht.

⁴ Vgl. die ausführliche Darstellung der Marktentwicklung bei Schulte/ Bone-Winkel/ Thomas, Handbuch Immobilien-Investitionen, S. 43 ff.

⁵ Vgl. hierzu Wagner, BB 2000, Beilage 11; vgl. zu den Wirkungen steuerlicher Interventionen auf das Kapitalmarktverhalten, Sagasser in: Assmann/ Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, § 3, Rn. 74 ff.

⁶ Wagner/ Loritz, Konzeptionshandbuch der steuerorientierten Kapitalanlage, Rn. 22; Häring, Zur Geschichte und Wirkung staatlicher Interventionen im Wohnungsbausektor, S. 255 ff.; Brede/ Kohaupt/ Kujath, Ökonomische und politische Determinanten der Wohnungsversorgung, S. 80 ff.

⁷ Locher/ König, Bauherrenmodelle in zivil- und steuerrechtlicher Sicht, Rn. 68.

⁸ Insoweit wird auch von dem sog. Verlustzuweisungsmodell gesprochen. Bei diesen Verlustzuweisungsmodellen ist zu unterscheiden zwischen dem gewerblichen und dem privaten Verlustzuweisungsmodell. Hier soll nur das private Verlustzuweisungsmodell behandelt werden, also der Fall, dass sich ein Privatanleger an einem Steuersparmodell beteiligt.

⁹ Kurth/ Krükel, Bauherren-, Bauträger- und Erwerbermodelle., S. 16 ff.

Hierin lag auch der steuerrechtliche Vorteil des klassischen Bauherrenmodells¹⁰. Es fand eine strikte Trennung der anfallenden Kosten nach Anschaffungskosten, Herstellungskosten und im Jahre des Abflusses sofort abzugsfähige Werbekosten statt. Die Anschaffungskosten bezogen sich auf das Grundstück und sind steuerlich unbeachtlich. Die Herstellungskosten umfassen die Bauerrichtungs- und Baunebenkosten und unterfallen der Abschreibung für Abnutzung nach § 7 EStG. Da § 9 EStG den Begriff der Werbekosten sehr weit als Kosten der „Aufwendungen zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung der Einnahmen“ definiert, war gerade die Abgrenzung von Herstellungskosten zu Werbekosten Gegenstand einer Vielzahl von Gerichtsentscheidungen und Verwaltungsvorschriften¹¹. Es wurde im Rahmen des klassischen Bauherrenmodells hauptsächlich versucht, Kosten, die im Rahmen der Bauphase für die wirtschaftliche Baubetreuung anfielen, in den Bereich sofort abzugsfähiger Werbekosten zu verlagern, indem bei der Formulierung des Leistungsbildes eine Anlehnung an den Finanzierungs- und Vermietungsbereich erfolgte¹². Wegen des Fehlens der Bauphase ist die Höhe der Werbekosten bei dem Erwerbermodell geringer als beim Bauherrenmodell, da hier insbesondere Baubetreuungsgebühren nicht entstehen¹³.

Hinsichtlich der Höhe der Werbekosten¹⁴ wurde versucht, die Aufwandsposten besonders groß zu gestalten, damit gerade in den ersten Jahren ein besonders hoher Verlust für den Anleger aus dem Bereich Einkommen aus Vermietung und Verpachtung entstand¹⁵. Ziel war, den entstandenen Verlust mit positiven Einkünften aus der gleichen oder aus anderen Einkunftsarten zu verrechnen, so dass sich das zu

¹⁰ Zu der steuerrechtlichen Ausgestaltung von Bauherren- und Erwerbermodell vgl. Kurth/ Krükel, Bauherren-, Bauträger- und Erwerbermodelle., S.109 ff.; Wagner/ Loritz, Konzeptionshandbuch der steuerorientierten Kapitalanlage., S. 197 ff.

¹¹ Strohm in: Assmann/ Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, § 20, Rn. 49 ff.

¹² Strohm in: Assmann/ Schütze, op. cit., § 20, Rn. 142.

¹³ Kurth/ Krükel, op. cit., S. 219.

¹⁴ vgl. zu der Frage welche Kosten Werbekosten darstellen, Kurth/ Krükel, op. cit., S. 129, 218; zur neueren Rechtsprechung vgl. Meichssner in: Reithmann/ Meichssner/ v. Heymann, Kauf vom Bauträger, S. 224 ff.

¹⁵ Vgl. Kurth/ Krükel, op. cit., S. 109 ff.

versteuernde Gesamteinkommen verringerte. Da der Steuereffekt mit der Höhe der Werbekosten steigt, lag die Gefahr der Steuersparmodelle darin, dass Werbekosten über das übliche und erforderliche Maß hinaus produziert wurden¹⁶.

Die Anschaffungs- oder Herstellungskosten hinsichtlich des Gebäudes selbst sind hingegen im Wege der Abschreibung nach § 7 EStG zu berücksichtigen.

Hauptverkaufsargument für das klassische Bauherrenmodell war weiterhin die Inanspruchnahme der Mehrwertsteuroptionsmöglichkeit für Wohnungsbauprojekte¹⁷.

Der Anleger konnte sich gem. § 9 UStG a.F. freiwillig durch förmliche Erklärung gegenüber dem Finanzamt zur Abführung der Umsatzsteuer aus der Vermietung der Immobilie verpflichten. Voraussetzung hierfür war, dass der Mieter des Objekts Unternehmer war. Dies wurde durch die Einschaltung eines gewerblichen Zwischenmieters erreicht. Im Gegenzug war der Anleger dann zum Vorsteuerabzug gem. § 15 UStG berechtigt. Dies brachte für den Anleger gerade in der Investitionsphase (Bauphase des Objekts) oft hohe Vorsteuerbeträge aus Baurechnungen und mithin erhebliche Liquiditätsvorteile.

¹⁶ Dies wurde bereits von Rautenberg erkannt in: Was bietet das Bauherrenmodell noch? DB 1977, 2395 ff.

¹⁷ Brych/ Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, Rn. 1226; vgl. zur Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ausführlich Kurth/Krükel, Bauherren-, Bauträger- und Erwerbermodelle., S. 188 ff.

1.2. Die Folgen des Abbaus von Steuervorteilen durch den Gesetzgeber, die Finanzverwaltung und die Finanzgerichtsbarkeit

Zu Beginn der 80er Jahre gerieten die steuerorientierten Kapitalanlagen in die politische Diskussion¹⁸. Die Bundesregierung forderte die Einschränkung der Steuervorteile bei Bauherrenmodellen, da diese mit dem Grundsatz der sozialen Gerechtigkeit nicht mehr vereinbar und daher volkswirtschaftlich nicht mehr vertretbar seien¹⁹.

Zur Begründung wurde ausgeführt, dass die Bauherrenmodelle insbesondere bei hochverdienenden Steuerpflichtigen zu Steuerminderungen führen würden, die mit dem Grundsatz der Besteuerung nach Leistungsfähigkeit nicht zu vereinbaren seien²⁰.

In der Folge fand ein Abbau der Steuervorteile durch den Gesetzgeber, die Finanzverwaltung und die Finanzgerichte statt²¹. So wurde beispielsweise die bis dahin in einigen Bundesländern geltende Grunderwerbssteuerfreiheit durch das am 01.01.1983 in Kraft getretene bundeseinheitliche Grunderwerbssteuergesetz aufgehoben²². Die Mehrwertsteueroptionsmöglichkeit für Wohnungsbauprojekte wurde mit Wirkung zum 31.3.1985 beseitigt. In der Finanzverwaltung und Finanzrechtsprechung wurde zunehmend Höhe und Umfang von sofort abzugsfähigen Werbekosten eingeschränkt²³, dies insbesondere durch

¹⁸ Goldbeck/ Uhde, Das Bauherrenmodell in Recht und Praxis, Rn. 184 ff.; Wagner/ Loritz, Konzeptionshandbuch der steuerorientierten Kapitalanlage, Rn. 21 ff.

¹⁹ Vgl. die Begründung des Gesetzentwurfs zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft und zur Einschränkung von steuerlichen Vorteilen, BT-Drucks. 10/336; sowie Beschlussempfehlung des Finanzausschusses, BT-Drucks. 10/686. Zur gegenteiligen Auffassung in der Lit., dass die Bauherrenmodelle positiven Einfluss auf Wohnungswirtschaft haben, ohne hierdurch die öffentliche Hand zu belasten, vgl. Goldbeck/ Uhde, op. cit., Rn. 186 ff.; Quast, DB 1983, 2113 ff.; Gerth, Lage und Erwartungen des Mietwohnungsbaus im Bauherrenmodell, S. 35 ff.

²⁰ BT-Drucks. 10/336.

²¹ Vgl. zu der steuerrechtlichen Gesetzgebungsentwicklung Wagner in: Assmann/ Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, § 22, Rn. 28 ff.; hierzu auch ausführlich Pressler, Das Bauherrenmodell.

²² Strohm in: Assmann/ Schütze, op. cit., § 20, Rn. 75, Kurth/ Krükel, Bauherren-, Bauträger- und Erwerbermodell, S. 175 f.; Wagner/ Loritz, op. cit., Rn. 959.

²³ Vgl. Wagner, BB 2000, Beil. 11, 9 ff., derselbe in: BB 1997, 1974.

die Entscheidung des BFH vom 14.11.1989, in der dieser feststellte, dass der Anleger im Rahmen eines klassischen Bauherrenmodells als Erwerber zu qualifizieren sei.

Dieser Abbau von Steuervorteilen führte zum einen dazu, dass sowohl das klassische Bauherrenmodell seine Attraktivität als Immobilienkapitalanlage verlor²⁴, als auch dazu, dass eine Veränderung der Verkaufsstrategie für Immobilienkapitalanlagen eintrat. Fortan stand nicht mehr die Erzielung von Steuervorteilen als Hauptverkaufsargument im Vordergrund. Geworben wurde der Anleger vielmehr mit dem Sicherheitsaspekt als neuem Vermarktungsschwerpunkt.

Durch Mietgarantieverträge wurde dem Anleger suggeriert, dass ihm eine sichere Einnahmequelle zur Verfügung stand. Die Immobilie solle sich nach den Verkaufsargumenten gerade aus den Mieteinnahmen, aber auch Steuervorteilen „selbst finanzieren“.

Mit der Veränderung der Verkaufsargumente ging auch eine Veränderung in der Anlegerschicht einher. Es sollten nicht mehr nur Anleger im Einkommensbereich des Spitzensteuersatzes angesprochen werden, da insoweit das für diese Anlegerschicht verkaufsträchtige Argument der Steuerersparnis aufgrund der bereits angesprochenen Veränderungen nahezu weggebrochen war. Vielmehr sollten nunmehr Anleger mit mittleren und geringen Einkommen für eine Immobilienkapitalanlage gewonnen werden. Nicht zuletzt sollte durch die Änderung der Verkaufsstrategie und Verkaufsargumente eine breitere Anlegerschicht erreicht werden²⁵.

²⁴ Wagner/ Loritz, Konzeptionshandbuch der steuerorientierten Kapitalanlage, Rn. 1079.

²⁵ Wagner, BB 2000, 9 (11) unter Hinweis auf die Feststellungen von Bulwien, in: Tewes, Steuerlich anerkannte Bauherrenmodelle, S 3; ablehnend gegenüber der Gewinnung von Anlegern aus dem mittleren Einkommensbereich, Wagner/ Loritz, op. cit., Rn. 489 ff.

2. Die Entwicklung seit 1990 im Überblick – Die Wiederbelebung des Absatzmarktes für Immobilien- Kapitalanlagen

Aufgrund der erläuterten Praxis in Rechtsprechung, Verwaltung und Finanzgerichtsbarkeit Steuervorteile im Rahmen des klassischen Bauherrenmodells sukzessive abzubauen, trat ab 1985 ein Umsatzrückgang bei den Bauherrenmodellen ein²⁶. Die Anleger wandten sich von den ehemals steuerbegünstigten Kapitalanlagen den renditeorientierten Kapitalanlagen und damit den Beteiligungen an Fonds-Gesellschaften zu²⁷. Die geschlossenen Immobilienfonds, welche 1980 noch über einen Marktanteil von 14% verfügten, konnten diesen bis 1989 auf 25% steigern²⁸.

Anfang der 90er Jahre nahm der Absatz an „Bauherrenmodellen“ jedoch infolge der Gewährung von Steuervorteilen für Bauprojekte in den neuen Bundesländern und einer Veränderung der Verkaufsstrategie wieder zu. 1996 erhöhte sich das Anlagevolumen der steuerorientierten Anlageformen des Wohnungsteileigentums und der geschlossenen Immobilienfonds auf jeweils rund 13,5 Mrd. DM²⁹.

Wie bereits dargestellt, ist die Bezeichnung Bauherrenmodell aufgrund der fehlenden Bauherreneigenschaft im einkommenssteuerrechtlichen Sinne unzutreffend. Vielmehr muss hier von dem Treuhandmodell als neuem Oberbegriff für die steuerorientierte Immobilienkapitalanlage in der Gestalt des Bauherren- bzw. Erwerbermodells oder geschlossenen Immobilienfonds gesprochen werden. Teilweise wurden die Immobilienanlagemodelle (mit Ausnahme der Fondsbeteiligungen) jedoch weiterhin unter dem bisherigen Oberbegriff „Bauherrenmodell“ als Synonym für steuerorientierte Immobilienkapitalanlagen vertrieben.

²⁶ Vgl. zu dieser Entwicklung: Wagner in: Assmann/ Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, § 22, Rn. 44 ff.

²⁷ Wagner in: Assmann/ Schütze, op. cit., § 22, Rn. 79.

²⁸ Bulwien in: Schulte/ Bone-Winkel/ Thomas, Handbuch Immobilien-Investitionen, S. 44 f.

²⁹ Bulwien in: Schulte/ Bone-Winkel/ Thomas, op. cit., S. 45.

2.1. Investitionsanreize durch das Fördergebietsgesetz (FördG)

Der Gesetzgeber beabsichtigte, durch das FördG den Wirtschaftsaufschwung in den neuen Bundesländern zu fördern³⁰.

Durch die Gewährung von Steuervorteilen wurden Investitionsanreize für Immobilienkapitalanlagen geschaffen³¹.

Durch Sonderabschreibungen auf Herstellungs- oder Anschaffungskosten sollte auch der Mietwohnungsbau in den neuen Bundesländern gefördert werden³².

Gemäß § 7 c Abs. 1, Abs. 2 FördG werden demnach für Baumaßnahmen an Gebäuden zur Schaffung neuer Mietwohnungen in den neuen Bundesländern ein erhöhter AfA- Satz von 20% für Wohnungen gewährt, für welche der Bauantrag nach dem 2. Oktober 1989 gestellt wurde, wenn die Wohnung vor dem 1. Januar 1996 fertiggestellt wurde.

Für eine im gleichen Zeitraum errichtete Wohnung in den alten Bundesländern gilt hingegen gem. § 7 Abs. 4 EStG ein AfA- Satz von 7% im ersten Jahr nach Fertigstellung und in den darauf folgenden drei Jahren.

Für das Fördergebiet wurden durch Steuervorteile somit deutliche Investitionsanreize für Immobilienkapitalanlagen geschaffen.

³⁰ BT-Drucks. 12/ 562.

³¹ Vgl. hierzu Wewers/ Hoffmann, Steuerliche Förderinstrumente für die neuen Bundesländer und Berlin; Klumpe/ Nastold, Rechtshandbuch Ost- Immobilien, Kap. E.

³² Zu den Einzelheiten des FördG vgl. Wewers, DB 1991, 1539 ff.; Wagner/ Loritz, Konzeptionshandbuch der steuerorientierten Kapitalanlage, Rn. 643 ff.

2.2. Die Erschließung eines neuen Absatzmarktes durch geänderte Verkaufsargumente

Wesentlich für die Zunahme des Anlagevolumens in der Anlageform des steuerorientierten Wohnungsteileigentums war jedoch eine Veränderung der Verkaufsargumente und die Hinwendung zu einer neuen Zielgruppe³³.

Prägend war hier der Begriff der Sorglosimmobilie. Als überzeugendes Verkaufsargument wurde dem Anleger der Erwerb von Immobilieneigentum in Aussicht gestellt, wobei dieser ohne Eigenkapital und ohne Eigenleistung Eigentümer einer Immobilie werden könne und sich um nichts kümmern müsse. Dem potentiellen Anleger wurde ein vermeintlich stimmiges Konzept unterbreitet, nach dem sich das Darlehen zur Finanzierung der Immobilie allein aufgrund von Steuervorteilen und Mieteinnahmen amortisiert³⁴. Durch dieses Konzept wurden nicht mehr Anleger mit Einkommen im Bereich des Spitzensteuersatzes angesprochen. Vielmehr sollte die Immobilienkapitalanlage als Kapitalanlage für „die breite Masse“ der Anleger forciert werden³⁵.

³³ So die Untersuchungen von Fuellmich/ Rieger, ZIP 1999, 427 ff.

³⁴ Vgl. hierzu auch Deutsch, NJW 2003, 2881 (2882).

³⁵ Derleder, NJW 2003, 2064.

II. Die Enttäuschung der Anlegerinteressen und die damit einhergehende Rechtsprechungsentwicklung zum Widerruf der Darlehensverträge und zur Haftung des endfinanzierenden Kreditinstituts

1. Die Enttäuschung der Anlegerinteressen

Während zu Zeiten des klassischen Bauherrenmodells für den Anleger die Erzielung von Steuervorteilen im Vordergrund stand, war der Anleger im Rahmen der „neuen“ Treuhandmodelle aufgrund der Versprechungen der Strukturvertriebe daran interessiert, dass sich der Immobilien- bzw. Fondsanteilserwerb ausschließlich aus Mieteinnahmen und Steuervorteilen finanzierte.

Dem Anleger wurden die Treuhandmodelle, insbesondere wegen der abgegebenen Mietgarantie, als sichere Anlageform präsentiert³⁶.

Der Anleger schloss mit dem Initiator einen entgeltlichen Mietgarantievertrag. Der Initiator verpflichtete sich darin, dass - je nach Vereinbarung - die Wohnung entweder überhaupt an einen geeigneten Mieter vermietet wird (Erstmietvertrag), oder aber die Wohnung ab Bezugsfertigkeit zu einem bestimmten Mietzins auf die Dauer von drei oder fünf Jahren vermietet ist³⁷. Vermietet wird die Wohnung dann an einen gewerblichen Zwischenmieter, meist zu überhöhten Preisen. Zu einem kompletten Mietausfall kommt es dann, wenn der gewerbliche Zwischenmieter, der in der Rechtsform der GmbH organisiert ist, aufgrund eines größeren Leerstandes in einer Wohnanlage keine Reserven mehr mobilisieren kann³⁸.

³⁶ Fuellmich/ Rieger, ZIP 1999, 427 (430); vgl. zu Mietgarantien bei Immobilienfonds: Westermann, ZIP 2002, 189.

³⁷ Brych/ Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, S. 399.

³⁸ Stüsser, NJW 1999, 1586 ff.

Die Mieteinnahmen waren in den Berechnungsbeispielen der Anlageprospekte meist zu hoch kalkuliert und die Wohnungen selbst aufgrund fehlender Nachfrage oftmals nicht vermietbar³⁹.

Aber auch die den Anlegern versprochenen Steuervorteile blieben aus. Dies insbesondere deshalb, weil sich die den Anlegern in den Prospekten versprochenen Steuervorteile überhaupt nicht realisieren ließen⁴⁰. Die in den Prospekten vorgestellten Berechnungsbeispiele basierten auf einem Spitzensteuersatz von 45% bis 55%, welcher für die angesprochene Zielgruppe der Anleger im unteren und mittleren Einkommensbereich nicht maßgeblich ist⁴¹.

Der den Anlegern angepriesene „Immobilienwerb ohne Eigenleistung und ohne Risiko“ ließ sich gerade nicht realisieren. Das Finanzierungskonzept war gescheitert und die Anleger mussten Darlehenstilgung und Darlehenszinsen aus ihrem sonstigen Vermögen aufbringen. Da die Kapitalanlage entgegen den Erwartungen der Anleger keine Rendite abwarf und meist auch wegen der Unrentabilität der Immobilienobjekte nicht verkäuflich war⁴², versuchten die Anleger, sich von der Belastung durch Darlehenstilgung und Darlehenszinsen zu befreien.

³⁹ Prägend war in der Presse der Begriff der „Schrottimmobilie“, vgl. „Kredite aus der Ferne“ in Spiegel 13/1998; „Kostspieliger Schrott“ in Der Spiegel 8/2004.

⁴⁰ Vgl. hierzu die Untersuchung von Fuellmich/ Rieger, ZIP 1999, 427 (432).

⁴¹ Fuellmich/ Rieger, ZIP 1999, 427 (432).

⁴² Eine Veräußerung der Fondsbeteiligung bei geschlossenen Immobilienfonds ist wegen des fehlenden Sekundärmarktes praktisch nicht möglich, vgl. Ott, DStR 2003, 2026.

2. Die Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Widerruf der Darlehensverträge und zur Haftung des endfinanzierenden Kreditinstituts im Überblick

Aufgrund der Intention der Anleger, sich von der Darlehensverpflichtung zu befreien, trat in der Folge eine regelrechte Prozessflut ein⁴³. Der BGH hatte in diesem Zusammenhang zu unterschiedlichen Problemen Stellung genommen. Hinsichtlich der Frage, wie sich der Anleger von der Zins- und Rückzahlungsverpflichtung des Darlehens befreien kann, haben sich drei Problemkreise herausgebildet:

1. Die Frage, ob die Willenserklärung auf Abschluss des Darlehensvertrages wirksam widerrufen werden kann.
2. Die Frage der Wirksamkeit des Treuhandvertrages und der Treuhandvollmacht sowie als Folge hiervon, ob der Treuhänder den Anleger hinsichtlich des Darlehensvertrages verpflichtet hat.
3. Die Frage der Haftung des endfinanzierenden Kreditinstituts.

Hinsichtlich der Problemkreise 1. und 3.⁴⁴ soll hier aufgrund deren Komplexität nur ein kurzer Überblick über den Stand der höchstrichterlichen Rechtsprechung gegeben werden. Aufgrund der hier zu dem Problemkreis 2. vertretenen Ansicht, dass der Treuhänder den Anleger hinsichtlich des Darlehensvertrages nicht wirksam verpflichten konnte, haben die Problemkreise 1. und 3., wie die Ausführungen unter Kapitel C zeigen werden, keine Relevanz mehr.

⁴³ Die Lit. will hier teilweise die unter Anlegern beliebte Möglichkeit erkennen, unrentable Kapitalanlagen abzustoßen; kritisch gegenüber diesem Vorgehen Wagner, WM 2004, 2240; Lorenz, LMK 2003, 179.

⁴⁴ Vgl. hierzu grundlegend Grimm, Haftung der Kreditinstitute bei Vertrieb und Finanzierung von Immobilienkapitalanlagen.

2.1. Die Rechtsprechung zum Widerruf der Darlehensverträge und die damit einhergehende Rückabwicklungsproblematik

2.1.1. Widerrufsrecht nach § 361a BGB a.F. i.V.m. § 7 Abs.1 VerbrKrG a.F.

Denkbar wäre, dass sich der Anleger durch einen Widerruf seiner auf Abschluss des Darlehensvertrages gerichteten Willenserklärung von seiner Verpflichtung zur Rückzahlung des Darlehens sowie zur Zinszahlung nach § 9 Abs.3 VerbrKrG a.F. befreien könnte, wenn Darlehensvertrag und Kaufvertrag bzw. Gesellschaftsbeitritt hinsichtlich des Immobilienfonds ein verbundenes Geschäft i.S.v. § 9 Abs.1 VerbrKrG a.F. darstellen⁴⁵. Dies würde den Anleger dann auch dazu berechtigen die Darlehensrückzahlung gegenüber dem Kreditinstitut zu verweigern⁴⁶. Das Widerrufsrecht nach § 7 Abs. 2 S. 3 VerbrKrG erlischt je-

⁴⁵ In der Praxis handelt es sich zumeist noch um Altfälle, auf welche das VerbrKrG Anwendung findet (Art. 229 § 5 EGBGB). Es erfolgt insoweit die Darstellung nach alter Rechtslage. Durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz erfolgte noch keine Änderung der Rechtslage, insoweit waren die Regelungen in § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG a.F. und § 491 Abs. 3 Nr. 1 BGB (in der Fassung bis zum 1.8.2002) wortgleich. § 491 BGB n.F. enthält keine Ausnahmeregelung für Realkreditverträge mehr, hinsichtlich der aktuellen Rechtslage ergibt sich insoweit die dargestellte Problematik nicht.

⁴⁶ Fehlen die Mindestangaben über die Kreditbedingungen i.S.v. § 4 Abs. 1 S. 4 Nr. 1 a.F. VerbrKrG in der Treuhändervollmacht, so ist der Kreditvertrag nicht gem. § 6 Abs. 1 VerbrKrG a.F. nichtig. Nach der Rechtsprechung des BGH muss eine Vollmacht, die zum Abschluss eines Verbraucherkreditvertrages erteilt wird grundsätzlich nicht die Mindestangaben über die Kreditbedingungen enthalten (§ 4 Abs. 1 S.4 Nr.1 VerbrKrG a.F.). Denn nach der Rechtsprechung zum HWiG ist regelmäßig darauf abzustellen, ob der Bevollmächtigte bei der Abgabe der Willenserklärung in einer Haustürsituation gehandelt hat, während grundsätzlich unerheblich ist, ob die Vollmacht in einer solchen Situation erteilt worden ist. Entsprechend sei im Anwendungsbereich des VerbrKrG bei der Frage, wer vom Kreditgeber zu informieren ist, die Repräsentantenstellung des Vertreters entscheidend. Es reiche somit aus, dass die Mindestangaben bei Abgabe der Vertragserklärung durch den Bevollmächtigten vorliegen. Vgl. BGH, JZ 2001, 829; BGH, NJW 2004, 154 (155). Vgl. hierzu a.A. der Lit. Derleder, VuR 2000, 155. Für Schriftformerfordernis nach § 4 Abs.1 S.1 VerbrKrG a.F. aber gegen das Erfordernis der Pflichtangaben, Horn/ Balzer, WM 2000, 333. Nach heutiger Rechtslage muss auch die Vollmacht zum Abschluss eines Verbraucherdarlehens gem. § 492 IV BGB die Mindestangaben nach § 492 I 5 BGB enthalten, dies gilt jedoch nicht für Prozessvollmachten und notariell beurkundete Vollmachten (§ 492 IV 2 BGB). Vgl. hierzu Herresthal, JuS 2002, 844. Der Kreditvertrag selbst muss jedoch die Mindestangaben nach § 4 VerbrKrG enthalten, anderenfalls ist er gem. § 6 VerbrKrG nichtig, vgl. BGH, NJW 2004, 2736.

doch spätestens ein Jahr nach Abgabe der auf Abschluss des Kreditvertrages gerichteten Willenserklärung. In der Praxis spielt der Widerruf nach dem VerbrKrG im Rahmen der Treuhandmodelle somit keine Rolle.

Bezüglich der Frage, ob dem Anleger ein Widerrufsrecht nach § 361a BGB a.F. i.V.m. § 7 Abs.1 VerbrKrG a.F. zusteht, wird eine Unterscheidung danach getroffen, ob das Darlehen grundpfandrechtlich gesichert ist. Auch bei Realkreditverträgen⁴⁷ die im Rahmen der Treuhandmodelle im Strukturvertrieb abgeschlossen wurden soll nach der ständigen Rechtsprechung des XI. Zivilsenats des BGH die Ausnahmegvorschrift des § 3 Abs.2 Nr.2 VerbrKrG a.F. anwendbar sein⁴⁸. Danach finden die Vorschriften der §§ 7 und 9 VerbrKrG a.F. keine Anwendung auf „Kreditverträge, nach denen der Kredit von der Sicherung durch ein Grundpfandrecht abhängig gemacht wird“. Ist das Darlehen grundpfandrechtlich gesichert, so steht dem Anleger demnach kein Widerrufsrecht nach dem VerbrKrG zu⁴⁹.

⁴⁷ Realkredite kennzeichnen sich durch die bestellten Sicherheiten, nämlich ein Grundpfandrecht, auf den Verwendungszweck kommt es hingegen nicht an, vgl. Bülow, VerbrKrG, § 3, Rn. 44; bedenklich ist daher die Abgrenzung bei Mühlert / Hoyer, WM 2004, 2281 (2284, Fn. 32) der einen Realkredit nur dann annehmen möchte wenn das Darlehen der Immobilienfinanzierung dienen soll.

⁴⁸ BGH, Urt. v. 9.4.2002 – XI. Zivilsenat, NJW 2002, 1881; BGH, Urt. v. 10.9.2002 – XI. Zivilsenat, NJW 2003, 199; BGH, Urt. v. 12.11.2002 – XI. Zivilsenat, NJW 2003, 422; BGH, Urt. v. 21.1.2003 – XI. Zivilsenat, NJW 2003, 1391.

⁴⁹ Nach Ansicht des XI. Zivilsenats des BGH wird die Anwendbarkeit des § 3 Abs.2 Nr.2 VerbrKrG auch nicht dadurch beschränkt, dass das Grundpfandrecht nicht in voller Höhe des Beleihungswertes bestellt wurde. Vgl. BGH, Beschl. v. 16.9.2003 – XI. Zivilsenat, WM 2003, 2184 (2185); BGH, Urt. v. 18.3.2003 – XI. Zivilsenat, WM 2003, 916. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass dann keine Darlehensgewährung zu den für Grundpfandrechte üblichen Bedingungen erfolgte, denn die Verzinsung und Rückzahlung des Kredits selbst müssen aus dem Grundstück heraus gesichert sein, vgl. Scholz / Lwowski, Recht der Kreditsicherung, Rn. 726. Eine Beschränkung der Anwendbarkeit des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG ist mit Pfeiffer dann anzunehmen, wenn die Kreditsumme den Wert des Grundpfandrechts um mehr als 60 % übersteigt, vgl. Pfeiffer, ZBB 1996, 304 (308).

2.1.2. Widerruf nach § 361a BGB a.F. i.V.m. § 1 Abs.1 Nr.1 HWiG a.F.

Hinsichtlich der Frage, ob der Anleger den Darlehensvertrag aufgrund des HWiG widerrufen kann, ist erforderlich, dass der Bank das Vorliegen der Haustürsituation zugerechnet werden kann⁵⁰. Nach der Rechtsprechung sind hierbei die zu § 123 BGB entwickelten Grundsätze anzuwenden⁵¹. Da der Abschluss des Darlehensvertrages durch einen Strukturvertriebsmitarbeiter, also einen Dritten initiiert ist, kommt es hinsichtlich der Zurechenbarkeit nach § 123 Abs.2 BGB darauf an, ob die Bank das Verhalten des Dritten kannte oder kennen musste⁵². Dies ist dann der Fall, wenn die Bank in irgendeiner Form in das Vertriebssystem eingebunden ist, etwa dadurch, dass sie dem Vermittler ihre Vertragsformulare überlassen hat⁵³.

Schließt hingegen der Treuhänder für den Anleger den Darlehensvertrag, kommt es nach der Rechtsprechung des BGH in analoger Anwendung von § 166 Abs. 1 BGB auf das Vorliegen einer Haustürsituation beim Vertreter an und nicht darauf, dass eine solche beim Vertretenen vorgelegen hat⁵⁴.

Diese Auffassung berücksichtigt jedoch nicht, dass sich die Bank die Haustürsituation zu eigen macht⁵⁵. Der XI. Zivilsenat des BGH berücksichtigt hier die Besonderheit der Bauherrenmodelle, die sich aus dem Zusammenwirken aller an der Konzeption und dem Vertrieb der Modelle Beteiligten ergibt, nicht ausreichend. Insbesondere berücksichtigt er nicht die Rolle der Banken bei diesen Konzeptionen. Diese finanzie-

⁵⁰ Einen Überblick zur Rechtsprechung gibt Barnert, WM 2004, 2002.

⁵¹ BGH, Urt. v. 12.11.2002 – XI. Zivilsenat, NJW 2003, 424, a.A. Derleder in: Derleder/ Knops/ Bamberger, Handbuch des deutschen und europäischen Bankvertragsrecht, § 9 Rn. 51, der davon ausgeht, dass Haustür- und Täuschungssituation nicht vergleichbar sind. Im Anschluss an Derleder auch OLG Bremen, NJW 2004, 2238 (Vorlagebeschluss an den EuGH).

⁵² BGH, NJW 2003, 424.

⁵³ BGH, Urt. v. 14.6.2004 – II. Zivilsenat, NJW 2004, 2731.

⁵⁴ BGH, NJW 2000, 2268; BGH, NJW 2003, 2088 (2090).

⁵⁵ So auch Lange/ Frank, WM 2000, 2364; OLG München, WM 2000, 1336 (1340).

ren nicht nur das Anlagekapital des einzelnen Anlegers, sondern vielmehr das gesamte Konzept durch die Finanzierung der Initiatoren.

Zwar ist der Treuhänder formal Vertreter des Anlegers. Tatsächlich jedoch erfolgt die Einschaltung des Treuhänders nicht durch den Anleger selbst, sondern durch die Initiatoren der Modelle, und zwar mit Kenntnis bzw. stillschweigender Billigung der Bank. Die Bank, die sich bewusst in die Vertriebsorganisation eingliedert, weiß daher, dass der Treuhänder keine Vertrauensperson des Anlegers ist⁵⁶.

Unabhängig davon, ob generell eine analoge Anwendung von § 166 BGB in Betracht kommen kann, wenn es nicht um Wissenszurechnung sondern um die Zurechnung situationsbedingter Merkmale geht, muss eine entsprechende Anwendung dann unterbleiben, wenn hierdurch ein Schutzgesetz umgangen wird⁵⁷.

Problematisch und in Literatur und Rechtsprechung äußerst umstritten war weiterhin die Frage, ob ein Widerrufsrecht aufgrund des HWiG a.F. durch § 5 Abs. 2 HWiG a.F. ausgeschlossen ist⁵⁸.

Nach § 5 Abs.2 HWiG ist ein Widerrufsrecht nach dem HWiG ausgeschlossen, wenn das Geschäft zugleich die Voraussetzungen eines Geschäfts nach dem Verbraucherkreditgesetz erfüllt. Konkret ging es somit um die Frage, ob dem Anleger auch bei Realkreditverträgen ein Widerrufsrecht nach dem HWiG zusteht, oder ob dieses durch das VerbrKrG verdrängt wird⁵⁹. Denn bei Realkreditverträgen ist ein Wi-

⁵⁶ Hierauf hat der II. ZR in seiner Urteilsbegründung deutlich hingewiesen, BGH, Urt. v. 14.6.2004, NJW 2004, 2736 (2737).

⁵⁷ Vgl. zur Schutzverkürzung des HWiG durch die Rechtsprechung des BGH, Lange/Frank, WM 2000, 2364 (2368).

⁵⁸ Vgl. zu dem Meinungsstand in der Lit. vor der Entscheidung des EuGH v. 13.12.2001: Stüsser, NJW 1999, 1586 (1589) m. w. N.; Lange/ Frank, WM 2000, 2364; Gallois, BB 1990, 2062.

⁵⁹ Hinsichtlich der aktuellen Rechtslage gilt: Zwar sieht § 312a BGB immer noch den Vorrang des Widerrufs aufgrund anderer Vorschriften vor, ein Konflikt im Hinblick auf Realkredite besteht jedoch nicht mehr, da diese seit dem 1.8.2002 nicht mehr von einem Widerruf nach § 495 BGB ausgeschlossen sind.

derrufsrecht nach dem VerbrKrG gem. § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG a.F. ausgeschlossen. Im Ergebnis stünde also dem Anleger bei Abschluss eines Realkreditvertrages überhaupt kein Widerrufsrecht zu⁶⁰.

Hiermit hatte sich der EuGH in seinem Urteil vom 13.12.2001 („Heininger“- Entscheidung) aufgrund der Vorlage nach Art. 234 EG⁶¹ durch den XI. Zivilsenat des BGH zu befassen. Die Instanzgerichte hatten insoweit entschieden, dass ein Widerrufsrecht nach dem HWiG nicht bestehe, da das HWiG aufgrund der Subsidiaritätsklausel des § 5 Abs. 2 HWiG nicht anwendbar sei. Dies gelte auch dann, wenn ein Widerrufsrecht nach dem VerbrKrG wegen der Ausnahmenvorschrift des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG für Realkreditverträge ausgeschlossen sei. Der XI. Senat, der diese Ansicht befürwortete, sah sich jedoch an einer Anschließung zu dieser Rechtsauffassung wegen möglicherweise entgegenstehenden Europäischen Gemeinschaftsrechts gehindert⁶². Der EuGH stellte in seiner Entscheidung fest, dass der Ansicht der deutschen Regierung, dass die Haustürgeschäftsrichtlinie gemäß dem Grundsatz *lex specialis derogat legi generali* durch die Verbraucherkreditrichtlinie verdrängt werde, nicht zu folgen sei. In seiner Begründung führt er insoweit aus, dass weder der Präambel noch dem normativen Teil der Verbraucherkreditrichtlinie zu entnehmen sei, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber bei Erlass der Richtlinie den Anwendungsbereich der Haustürwiderrufsrichtlinie für Realkreditverträge einschränken wollte⁶³.

Unter Beachtung dieser Entscheidung des EuGH sah sich der XI. Zivilsenat des BGH in seinem Urteil vom 9.4.2002 gehalten, § 5 Abs. 2

⁶⁰ Vgl. hierzu auch Kulke, ZBB 2002, 33 (40).

⁶¹ Vgl. zu der Problematik der Statthaftigkeit der Vorlage aufgrund der überschießenden Umsetzung der Haustürgeschäftsrichtlinie, die im Gegensatz zu § 1 HWiG (§ 312 I S.1 BGB) vorsieht, dass es in der Haustürsituation zum Vertragsschluss bzw. zur Abgabe eines Angebots durch den Unternehmer kommt – Habersack/ Mayer, WM 2002, 253 (254).

⁶² Vgl. den Vorlagebeschluss vom 29.11.1999, NJW 2000, 521.

⁶³ Vgl. die Entscheidungsgründe EuGH, NJW 2002, 281 ff.

HWiG richtlinienkonform auszulegen⁶⁴. Eine solche Auslegung sei demnach dahingehend vorzunehmen, dass § 1 HWiG durch § 5 Abs. 2 HWiG nur dann verdrängt werde, wenn das vorrangig anzuwendende VerbrKrG einen gleich effektiven Schutz biete⁶⁵. Dies sei aber gerade nicht der Fall. Nach Ansicht des BGH wird das Widerrufsrecht nach HWiG somit nicht durch eine generelle Anwendbarkeit des VerbrKrG verdrängt. Dem Anleger steht damit auch bei Realkreditverträgen, die aufgrund einer dem HWiG unterfallenden Vertriebsituation geschlossen wurden, ein Widerrufsrecht nach § 1 HWiG zu.

2.1.3. Die Rückabwicklungsproblematik⁶⁶

Rechtsfolge des Widerrufs des Darlehensvertrages nach dem HWiG ist, dass die Parteien gem. § 3 Abs. 1 HWiG a.F. verpflichtet sind, dem anderen Teil die empfangene Leistung zurückzugewähren.

Die Frage, wann ein Darlehen i.S.d. § 3 Abs. 1 HWiG a.F. empfangen ist, ist nach Ansicht der Rechtsprechung zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen in gleicher Weise zu beantworten wie der Empfang i.S.d. § 607 Abs. 1 BGB a.F. und § 7 Abs. 3 VerbrKrG a.F.⁶⁷.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob es sich bei dem Anlagegeschäft und dem Finanzierungsgeschäft um ein verbundenes Geschäft handelt. Liegt ein verbundenes Geschäft vor, so hat der Anle-

⁶⁴ Gegen die Möglichkeit einer richtlinienkonformen Auslegung insbes. Habersack/ Mayer, WM 2002, 253 (256); Hochleitner/ Wolf/ Großerichter, WM 2002, 529 (531); Sauer, BB 2002, 431 (432); Piekenbrock/ Schulze, WM 2002, 521 (527).

⁶⁵ Für eine richtlinienkonforme Auslegung in der Lit. Staudinger, NJW 2002, 653 (655); Rott, VuR 2002, 49 (52).

⁶⁶ In diesem Zusammenhang soll nur auf einen Teilaspekt der Rückabwicklungsproblematik im Zusammenhang mit § 3 HWiG (in der Fassung bis zum 30.9.2000) eingegangen werden.

⁶⁷ BGH, NJW 2003, 422 (423).

ger nicht die Darlehensvaluta erlangt und zurückzugewähren, sondern den damit erworbenen Anlagegegenstand⁶⁸.

Ob ein verbundenes Geschäft vorliegt, ist nach der Rechtsprechung danach zu beurteilen, ob das Finanzierungsgeschäft einen Realkreditvertrag oder einen Personalkreditvertrag bildet.

Nach der Ansicht des XI. Zivilsenats ist der Realkreditvertrag und das finanzierte Grundstücksgeschäft grundsätzlich nicht als eine wirtschaftliche Einheit anzusehen, da bei einem Immobilienkauf auch der rechtsunkundige Laie wisse, dass Kreditgeber und Immobilienverkäufer in der Regel verschiedene Personen sind⁶⁹. Mit dieser Begründung lehnt der XI. Zivilsenat des BGH eine in der Literatur⁷⁰ und von den Instanzgerichten vertretene Ansicht⁷¹ ab, nach der ein Widerruf des Darlehensvertrages nach dem Haustürwiderrufsgesetz aufgrund der wirtschaftlichen Einheit von Kreditvertrag und Immobilienkaufvertrag ein Leistungsverweigerungsrecht in analoger Anwendung von § 9 VerbrKrG eröffnen würde.

Anders zu beurteilen ist die Frage, ob ein verbundenes Geschäft vorliegt, dann, wenn der Finanzierungskredit nicht grundpfandrechtlich gesichert ist⁷².

⁶⁸ BGH, NJW 2004, 2731 (2733).

⁶⁹ BGH, Urt. v. 9.4.2002 – XI. Zivilsenat, NJW 2002, 1881 (1884).

⁷⁰ Für eine Unanwendbarkeit des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG im Rahmen der Treuhandmodelle insbesondere Pfeiffer, ZBB 1996, 304; Kulke, ZBB 2002, 33.

⁷¹ Zum Meinungsstand vgl. Nittel, NJW 2004, 2712; mit weiteren Nachweisen: Fischer, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 9.4.2004, DB 2002, 1266 f.

⁷² Nach Ansicht des II. Zivilsenats ist die Anwendbarkeit des § 9 VerbrKrG bei einem Beitritt zu einem geschlossenen Immobilienfonds nicht ausgeschlossen, wenn der Kredit zwar durch ein Grundpfandrecht gesichert ist, dieses Grundpfandrecht aber schon bestellt war, als der Anleger dem Fonds beitrug, vgl. BGH, NJW 2004, 2736. Diese Ansicht teilt der XI. ZR für den Fall des finanzierten Grundstücksgeschäfts nicht. Ein Realkredit liege demgegenüber auch dann vor, wenn der Erwerber ein Grundpfandrecht nicht selbst bestellt, sondern ein bestehendes übernimmt, vgl. BGH, NJW 2005, 664.

Der II. Zivilsenat des BGH nahm in seinem Urteil vom 21.7.2003⁷³ an, dass hinsichtlich eines kreditfinanzierten Fondsbeitritts eine wirtschaftliche Einheit i.S.v. § 9 Abs. 1 VerbrKrG vorliege, wenn sich der Kreditgeber bei der Vorbereitung oder dem Abschluss des Kreditvertrages der Mitwirkung des Verkäufers bediene, was im Falle des Beitritts zu einem geschlossenen Immobilienfonds der Mitwirkung der Fondsgesellschaft entspreche. In Fortführung dieser Rechtsprechung lässt es der II. Senat ausreichen, dass sich der Fonds und die Bank derselben Vertriebsorganisation bedienen haben⁷⁴. Insoweit kann der Anleger durch den Widerruf des Darlehensvertrages die Darlehensrückführung verweigern gem. § 9 Abs. 2, Abs. 3 VerbrKrG.

Wie bereits dargelegt, lehnt der XI. Zivilsenat auch nach dem Urteil des EuGH eine entsprechende Anwendung des § 9 Abs. 2 VerbrKrG bei Realkreditverträgen ab, so dass der Widerruf des Darlehensvertrages die Wirksamkeit des Immobilienkaufvertrages nicht berührt⁷⁵.

Die Rechtsfolge eines Widerrufs des Realkredits nach dem HWiG ist nach Ansicht des Senats insoweit die sofortige Rückzahlungsverpflichtung hinsichtlich des Darlehens sowie die Verpflichtung zur Entrichtung des marktüblichen Zinses (§ 3 HWiG in der bis zum 30.9.2000 geltenden Fassung). Denn zurückzugewähren durch den Anleger sei das von ihm aufgrund des Darlehensvertrages Empfangene.

Die Frage, was das aufgrund des Darlehensvertrages Empfangene ist, beantwortet der XI. Senat unterschiedlich, je nachdem, ob es sich um einen Realkredit oder einen Personalkredit handelt. Vorangestellt sei hier noch einmal die Tatsache, dass die Banken die Darlehensvaluta

⁷³ BGH, NJW 2003, 2821.

⁷⁴ BGH, Urt. v. 14.6.2004 – II. Zivilsenat, NJW 2004, 2736.

⁷⁵ Nach neuer Rechtslage liegt eine wirtschaftliche Einheit nach § 358 Abs. 3 S. 3 BGB dann vor, wenn bei einem finanzierten Erwerb eines Grundstücks oder grundstücksgleichen Rechts der Darlehensgeber selbst das Grundstück oder das grundstücksgleiche Recht verschafft oder dessen Erwerb fördert. Demnach liegt gerade bei den für die Treuhandmodelle typischen Konstruktionen eine wirtschaftliche Einheit vor. Die hier dargestellte Rückabwicklungsproblematik betrifft somit nicht mehr Modelle, die ab dem 1.8.2002 erworben wurden.

nicht an den Anleger, sondern an den Initiator, also die Fondsgesellschaft bzw. die Verkäuferin oder Bauträgerin der Immobilie, auszahlen.

Fehlt eine grundpfandrechtliche Sicherung, so kann allerdings auch beim Immobilienkauf und Darlehensvertrag ein verbundenes Geschäft vorliegen⁷⁶. Folge hiervon ist, dass hinsichtlich der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung von dem Grundsatz der Rückabwicklung im jeweiligen Vertragsverhältnis abgewichen werden kann. Die Rückabwicklung erfolgt insoweit zwischen dem Verbraucher und dem Darlehensgeber. Der Anleger kann somit die Rückzahlung der geleisteten Zins- und Tilgungsraten verlangen; die Bank kann die bereits ausgezahlte Darlehensvaluta von dem Verkäufer der Immobilie bzw. der Fondsgesellschaft zurückerhalten⁷⁷.

Demgegenüber ist der Anleger nach Ansicht des XI. Zivilsenats zur Rückzahlung der Darlehensvaluta verpflichtet, soweit eine grundpfandrechtliche Sicherung des Kreditvertrages vorliegt.⁷⁸ Bei einem Realkredit fehle es an einem verbundenen Geschäft, so dass der Anleger aus dem Darlehensvertrag die Darlehensvaluta erlangt habe, auch wenn eine Auszahlung an den Initiator des Immobilienanlagemodells erfolgte.

Hieraus ergibt sich, dass der Anleger schlechter gestellt ist, wenn er sein Widerrufsrecht ausübt⁷⁹. Denn insoweit ist dieser zur sofortigen Rückzahlung des Darlehens verpflichtet, ohne Widerruf des Darlehensvertrages hingegen nur zur ratenweisen Tilgung.

⁷⁶ BGH Urt. v. 23.9.2003 – XI. Zivilsenat, NJW 2003, 3703.

⁷⁷ Vgl. insoweit auch die Ausführungen von Münscher in: Finanz Colloquium Heidelberg, Fehlgeschlagene Immobilienkapitalanlagen, S. 33 ff.

⁷⁸ BGH NJW 2002, 1881 (1884); BGH NJW 2003, 422; BGH NJW 2004, 1376.

⁷⁹ Hierin liegt die Kritik an der Rechtsprechung des XI. Zivilsenats des BGH begründet. Vgl. insoweit den Vorlagebeschluss des LG Bochum v. 29.7.2003 an den EuGH, NJW 2003, 2612 ff.; sowie Deutsch, NJW 2003, 2881 f.; Derleder, NJW 2003, 2064 (2066); Fischer, DB 2002, 1266; Rott, VuR 2003, 409 (411); Hoffmann, ZIP 2004, 49 (55); Häublein, ZBB 2004, 1 (5 ff.).

Das Landgericht Bochum sah in dieser Auffassung des XI. Zivilsenats ein Verstoß gegen die Anforderungen des Gebots des hohen Schutzniveaus auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes (Art. 95 Abs.3 EG-Vertrag) sowie der von der Richtlinie 85/577/EWG gewährleisteten Effektivität des Verbraucherschutzes⁸⁰. Die Europäische Kommission geht in ihrer Stellungnahme zu der Vorlage durch das LG Bochum davon aus, dass die nationalen Gerichte zu einer gemeinschaftsfreundlichen Auslegung und Anwendung des nationalen Ausführungsrechts gehalten sind. Sehr deutlich kritisiert die Kommission insoweit die Rechtsprechung des XI. Zivilsenats des BGH als eine die Wirksamkeit der Richtlinie ignorierende Auslegung des deutschen Rechts⁸¹.

2.1.4. Stellungnahme

Hinsichtlich der Frage, ob der Anleger durch die Leistung des Kreditinstituts die Darlehensvaluta oder aber den mit dem Darlehen finanzierten Vermögenswert erlangt hat, ist richtigerweise darauf abzustellen, ob Darlehensvertrag und Anlagegeschäft ein verbundenes Geschäft bilden⁸².

Der generellen Ablehnung eines verbundenen Geschäfts bei Realkreditverträgen im Rahmen der Treuhandmodelle durch den XI. Zivilsenat kann m.E. nicht gefolgt werden. Soll tatsächlich alleine die grundpfandrechtliche Sicherung das Vorliegen eines verbundenen Geschäfts verhindern können? Der Hinweis darauf, dass der Darlehensnehmer erkennen könne, dass Darlehensgeber und Verkäufer der Immobilie verschiedene Personen seien, reicht als Begründung zur Ablehnung

⁸⁰ LG Bochum NJW 2003, 2612.

⁸¹ Stellungnahme der Europäischen Kommission zur Rückabwicklung finanzierter Immobiliengeschäfte NJW-aktuell H. 11/2004, S. XXX.

⁸² Hierbei ist § 9 VerbrKrG unmittelbar im Rahmen des HWiG anwendbar, vgl. Hoffmann, ZIP 2002, 1066 (1069). Der II. Zivilsenat nimmt hinsichtlich eines Beitritts zum geschlossenen Immobilienfonds ein verbundenes Geschäft an, BGH, NJW 2003, 2821 (2822); BGH, NJW 2004, 2731 (2733).

einer wirtschaftlichen Einheit bei Realkreditverträgen im Rahmen der Treuhandmodelle nicht aus. Denn bei diesen Modellen erfolgt die Anbahnung des Grundstückkaufvertrages als auch diejenige des Darlehensgeschäfts im Rahmen eines Strukturvertriebs durch denselben Vermittler⁸³. Zwischen der Bank und dem Anleger besteht kein persönlicher Kontakt⁸⁴. Erwerb und Finanzierung des Anlageobjekts stellen sich aus Sicht des Anlegers als ein einheitlicher wirtschaftlicher Vorgang dar⁸⁵. Es erscheint daher unangemessen, die zum Abzahlungsge-
setz ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch dann anzuwenden, wenn gerade kein typischer finanzierter Immobilienkauf in diesem Sinne vorliegt⁸⁶. Dies um so weniger, als nach der Rechtsprechung des Senats ein verbundenes Geschäft angenommen werden kann, wenn keine grundpfandrechtliche Sicherung vorliegt⁸⁷. Der BGH greift bei der Frage, wie die wirtschaftliche Einheit bei einem verbundenen Geschäft zu beurteilen ist in seiner Begründung auf objektive und subjektive Begründungselemente zurück. Der BGH stellt damit nach wie vor noch auf den Eindruck des Kreditnehmers ab und greift tragend auf den Empfängerhorizont zurück, um bestimmte Fallgruppen von vorneherein aus dem Schutzbereich seiner Rechtsprechung auszugrenzen⁸⁸.

Auch der Hinweis des Senats, dass einer Anwendbarkeit des § 9 VerbrKrG der § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG entgegensteht, lässt die Verpflichtung zur Prüfung, ob ein verbundenes Geschäft vorliegt, nicht

⁸³ Vgl. hierzu die Ausführungen zum Aufbau der Vertriebsstruktur, Kap. A. V. 2.1. Hoffmann nimmt eine wirtschaftliche Einheit bei gemeinsamer Vermittlung dann an, wenn der Verkäufer eine Finanzierung der gesamten Wohnanlage mit der Bank verabredet, so dass der Vermittler Kredit- und Wohnanlage nicht getrennt anbietet sondern als Gesamtkonzept, vgl. Hoffmann, ZIP 2002, 1066 (1073).

⁸⁴ Vgl. hierzu die Ausführungen zur Rolle der Banken, Kap. A. V. 2.2.

⁸⁵ Die Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers entfällt jedenfalls im Lichte des § 9 Abs. 1 VerbrKrG nicht dadurch, dass er steuerliche Vorteile anstrebt und die Aufspaltung in zwei rechtlich selbstständige Verträge erkennen kann, so zu Recht A. Staudinger, NJW 2002, 653 (656).

⁸⁶ Pfeiffer, ZBB 1996, 304 (316); Kulke, ZBB 2002, 33 (41).

⁸⁷ So ausdrücklich BGH Urt. v. 23.9.2003 – XI. Zivilsenat, WM 2003, 2332 = BGH, NJW 2003, 3703.

⁸⁸ Dauner-Lieb, WM 1991, Sonderbeilage 6 zu Heft 31, S. 11.

entfallen. Die Ablehnung eines verbundenen Geschäft unter dem bloßen Hinweis hierauf erscheint als reiner Formalismus⁸⁹. Zwar ist nach dem Wortlaut des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG bei Realkreditverträgen § 9 VerbrKrG nicht anwendbar, eine Übertragung dieses Rechtsgedankens auf § 3 HWiG ist jedoch im Hinblick auf die Vermeidung von Wertungswidersprüchen nicht ohne weiteres möglich.

Zu beachten ist insoweit der Zweck des § 3 Abs.2 Nr.2 VerbrKrG. Die Ausnahme von Realkreditverträgen aus dem Schutzbereich des VerbrKrG rechtfertigt sich auch⁹⁰ aus dem Umstand, dass der Immobilienerwerb, welchem der Realkredit typischerweise dient, eine mit besonderen Schutzvorkehrungen verbundene Beurkundung voraussetzt, namentlich die Belehrung durch einen Notar (§ 17 BeurkG)⁹¹.

Doch gerade die Vorstellung des Gesetzgebers, dass die notarielle Beurkundung ausreichend Schutz vor der Abgabe der Willenserklärung gewährt, trifft bei Treuhandmodellen typischerweise nicht zu. Denn bei der Bestellung des Grundpfandrechts wird der Anleger von dem Treuhänder vertreten. Zwar ist der Treuhandvertrag ebenfalls notariell zu beurkunden, die Belehrung durch den Notar stellt hier jedoch typischerweise nur eine Formalie dar, ohne dass dem Anleger hierdurch ein ausreichender Schutz geboten wäre⁹².

⁸⁹ Auch für Frisch sind keine Gründe ersichtlich, mit welchen die aus dem AbzG herrührende Trennung zwischen der Finanzierung einer beweglichen oder unbeweglichen Sache den Verbraucherschutz einschränken könnte, Frisch, VuR 1999, 432 (440), unter Hinweis auf Habersack in: MüKo, VerbrKrG, § 9, Rn.27.

⁹⁰ Wesentliches Motiv des Gesetzgebers für den Ausschluss des Widerrufsrechts nach VerbrKrG für Realkreditverträge war weiterhin das Prinzip der taggenauen Refinanzierung, vgl. BT- Drucks. 11 / 5462.

⁹¹ Vgl. insoweit auch die Begründung des II. ZR BGH, NJW 2004, 2735 (2739); Bungenroth, der hierin einen Grund für die Unanwendbarkeit der Vorschriften über verbundene Geschäfte sieht, erkennt gerade, dass eine solche Belehrung bei dem Anleger nicht stattgefunden hat, vgl. Bungenroth, WM 2004, 1505 (1509).

⁹² Vgl. auch Stüsser, NJW 1999, 1586 (1589 f.); Gallois, BB 1990, 2062 (2063 f.), der den Überraschungsmoment im Vertrieb von Bauträgermodellen für geradezu kennzeichnend hält.

Die Frage, ob ein verbundenes Geschäft vorliegt, muss daher unabhängig von einer Anwendbarkeit des § 9 VerbrKrG beantwortet werden. Es kann insoweit nur darauf ankommen, dass zwischen dem Anlagegeschäft und dem Finanzierungsgeschäft eine wirtschaftliche Einheit anzunehmen ist. Hinsichtlich der Frage, wann eine wirtschaftliche Einheit anzunehmen ist, sind zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen die Vorgaben des neu gefassten § 358 Abs. 3 S.3 BGB zu beachten⁹³. Erforderlich ist danach, dass der Darlehensgeber den Erwerb eines Grundstücks oder grundstücksgleichen Rechts über die Zurverfügungstellung des Darlehens hinaus fördert, indem er sich die Veräußerungsinteressen zu eigen macht. Der Gesetzgeber knüpft auch in § 358 Abs. 3 BGB, wie bereits in § 9 Abs. 1 VerbrKrG, objektiv an eine bereits vor dem Abschluss des konkreten Kreditvertrages bestehende Beziehung zwischen Kreditgeber und Verkäufer an⁹⁴.

Eine Förderung des Absatzes durch die Bank, welche über die Finanzierung hinausgeht, liegt bei den im Rahmen der Strukturvertriebe abgesetzten Treuhandmodelle gerade vor, da das Kreditinstitut in diesen Fällen ein erhebliches Eigeninteresse an dem Verkauf der Modelle hat. Dieses Eigeninteresse ergibt sich, wie bereits unter Kapitel A V. 2.2. dargestellt wurde aus der Tatsache, dass die Kreditinstitute nicht nur den Erwerb durch die Anleger finanzierten, sondern auch die Modellfinanzierung durch die Initiatoren der Modelle übernahmen⁹⁵.

In Anlehnung an die Ansicht der Europäischen Kommission in ihrer Stellungnahme zur Rückabwicklung kreditfinanzierter Immobiliengeschäfte ist daher davon auszugehen, dass der Anleger nicht die Darle-

⁹³ Der vom XI. ZR vertretenen Ansicht, wonach § 358 Abs. 3 BGB keinen Anlass gebiete, von der bisherigen Rechtsprechung abzuweichen, dass ein verbundenes Geschäft bei einem Realkreditvertrag nicht in Betracht komme, kann nicht gefolgt werden. Insoweit entzieht sich der BGH jeglicher Prüfung, ob ein verbundenes Geschäft nach den Vorgaben des § 358 Abs. 3 BGB vorliegen könnte; vgl. BGH NJW 2003, 422 (423).

⁹⁴ Vgl. zur Entstehungsgeschichte des verbundenen Geschäfts Dauner-Lieb, WM 1991, Sonderbeilage 6 zu Heft 31, S. 6 ff.

⁹⁵ Vgl. auch die Feststellung des II. Zivilsenats, dass sich die Bank der Art der Geschäftsabwicklung durch die Initiatoren bedient, um ihre Geschäftsinteressen zu verwirklichen, BGH NJW 2004, 2736 (2737).

hensvaluta, sondern den mit dem Darlehen finanzierten Vermögenswert erlangt hat i.S.v. § 3 HWiG, so dass der Anleger auch bei einem grundpfandrechtlich gesicherten Darlehen nicht zur Rückzahlung der Darlehensvaluta verpflichtet ist.

2.2. Die Haftung des endfinanzierenden Kreditinstituts gegenüber dem Anleger

Eine Haftung der Banken gegenüber dem Anleger kann sich zum einen aus einer Pflichtverletzung anlässlich einer fehlerhaften oder unzureichenden Beratung des Anlegers hinsichtlich der Finanzierung eines Anlagemodells ergeben oder aufgrund einer Pflichtverletzung im Zusammenhang mit dem Darlehensvertrag⁹⁶.

Darüber hinaus kann sich die Möglichkeit einer Prospekthaftung der Bank für falsche oder unzureichende Angaben im Anlageprospekt ergeben. Die Bank ist nämlich dann als Prospektverantwortliche anzusehen, wenn sie mit ihrer Billigung in das Prospekt aufgenommen worden ist und erklären lässt, die Anlage sei „bankgeprüft“⁹⁷.

⁹⁶ Vgl. Grimm, Haftung der Kreditinstitute, S. 69 ff.

⁹⁷ Siol, DRiZ 2003, 204; BGH, NJW-RR 1986, 1102.

2.2.1. Bankenhaftung wegen der Verletzung von Aufklärungs- und Hinweispflichten bei der Finanzierung⁹⁸

Im Rahmen der über Strukturvertriebe angebotenen Treuhandmodelle findet eine Beratung bezüglich der Finanzierung des Anlagemodells durch die Bank typischerweise nicht statt⁹⁹. Daher soll eine Bankenhaftung aufgrund der Verletzung des Beratungsvertrages hier nicht erörtert werden.

Die Aufgabe der Banken im Rahmen der durch Strukturvertriebe „verkauften“ Treuhandmodelle beschränkt sich hier vordergründig auf die Rolle als Kreditgeberin. Zu fragen ist hier, ob die Kenntnis des Darlehenszwecks verbunden mit Informationen über das Beteiligungsobjekt besondere Pflichten begründen kann¹⁰⁰.

Festzustellen ist zunächst, dass es nach ständiger Rechtsprechung nicht zum Pflichtenkreis des Kreditinstituts gehört, den Darlehensnehmer über Risiken des mit dem Darlehen finanzierten Geschäfts hinzuweisen¹⁰¹. Bei der Finanzierung von Steuersparmodellen ist die Bank nur unter ganz besonderen Voraussetzungen zur Aufklärung und Warnung verpflichtet. Dies beruht darauf, dass die Gefährdung des Kre-

⁹⁸ Die Rechtsfolge bei der Verletzung einer Aufklärungs- oder Hinweispflicht durch die Bank ist ein Anspruch auf Schadenersatz aus c.i.c. (§ 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 311 Abs. 2 BGB). Der Anleger ist somit nach § 249 Abs. 1 BGB so zu stellen wie er stehen würde, wenn die Bank ihrer Aufklärungs- und Hinweispflicht nachgekommen wäre. Nach dem Grundsatz, dass sich der Geschädigte bei der Verletzung einer Aufklärungs- und Hinweispflicht aufklärungsrichtig verhalten hätte, ist davon auszugehen, dass der Anleger den Darlehensvertrag nicht geschlossen hätte. Der Anleger kann sich somit von der Verpflichtung zur Darlehensrückzahlung befreien. Aufgrund unwirksamer Anweisung ist er insoweit auch nicht verpflichtet, die Darlehensvaluta an das Kreditinstitut herauszugeben.

⁹⁹ Eine Bankberatungspflicht im Bauherrenmodell ergibt sich dann, wenn die kreditgebende Bank einem Anlageinteressenten eine Beteiligung an einem Bauherrenmodell empfiehlt. Es kommt dann ein Beratervertrag zustande. Eine Haftung der Bank kann sich z.B. daraus ergeben, dass diese den Anleger nicht darüber informiert, dass sich die im Anlageprospekt prognostizierten Mieteinnahmen nicht realisieren lassen. Vgl. BGH, NJW 2004, 1868.

¹⁰⁰ Immenga, ZHR 151 (1987), 148 (149).

¹⁰¹ BGH, ZIP 1991, 90 (91); BGH, WM 1989, 1409 (1411); BGH, MDR 2000, 893; Edelmann, MDR 2000, 1172, m.w.N.

ditnehmers bei diesen Geschäften typischerweise nicht im Bereich der Darlehensverhandlungen, sondern in dem Angebot der Vermögensanlage liegt¹⁰².

Die Rechtsprechung nimmt jedoch in eng umgrenzten Ausnahmen eine Aufklärungs- und Hinweispflicht der Bank aus § 242 BGB an¹⁰³. Zu unterscheiden sind hiernach im wesentlichen vier Fallgruppen¹⁰⁴:

1. Die Bank überschreitet ihre Kreditgeberrolle.

Dies liegt dann vor, wenn die Bank sich nach außen erkennbar aktiv an der Planung oder Durchführung des Projekts beteiligt, indem sie Funktionen anderer Projektbeteiligter übernimmt¹⁰⁵.

2. Die Bank schafft einen besonderen Gefährdungstatbestand für den Anleger.

Erforderlich hierfür ist, dass die Bank einen zu den allgemeinen wirtschaftlichen Risiken hinzutretenden Gefährdungstatbestand schafft, indem sie z.B. ein Projekt ohne genügende dingliche Absicherung vorfinanziert und allein dadurch das Vorhaben in Gang setzt¹⁰⁶.

3. Die Bank verfügt über einen konkreten Wissensvorsprung in Bezug auf spezielle Risiken des Vorhabens.

¹⁰² Siol in: Schimansky/ Bunte/ Lwowski, Bankrechtshandbuch Band I, § 44 Rn. 25; Töner in: Derleder/ Knops/ Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankenrecht, § 4 Rn.60.

¹⁰³ Vgl. zu den Aufklärungspflichten im Einzelnen: Werner/ Machunsky, Rechte und Ansprüche geschädigter Kapitalanleger, S. 246 ff.; v. Heymann in: Assmann/ Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts S. 224 ff.; Rümker, ZHR 151 (1987), 162 (167 ff.); Edelmann, MDR 2000, 1172 (1175 ff.); Grimm, Haftung der Kreditinstitute, S.87 ff.

¹⁰⁴ Zu den einzelnen Fallgruppen vgl. v. Heymann in: Assmann/ Schütze, op. cit., S. 225 ff.

¹⁰⁵ BGH, WM 1988, 561; BGH, WM 1990, 920; BGH, WM 1992, 216; BGH, WM 1992, 133; BGH, WM 1992, 901; v. Heymann, Bankenhaftung bei Immobilienanlagen, S. 162 ff.

¹⁰⁶ Siol in: Schimansky/ Bunte/ Lwowski, Bankrechtshandbuch Band I, § 44 Rn. 34.

Festzustellen ist insoweit, dass hier keine Nachforschungspflicht der Bank besteht. Diese muss nur das präsente Wissen offenbaren, wenn sie es als für den Kunden wesentlich erkennt¹⁰⁷.

4. Es liegt eine Interessenkollision vor.

Fuellmich und Rieger gehen davon aus, dass sich über diese vier Fallgruppen hinaus seit 1993 in der Rechtsprechung die Anerkennung von zwei weiteren Fallgruppen abzeichnet¹⁰⁸. Dies sei zum einen die erkennbare Geschäftsunerfahrenheit der Darlehensnehmer¹⁰⁹ und zum anderen die Zurechnung des pflichtwidrigen Verhaltens Dritter¹¹⁰.

Dass der Gesichtspunkt der erkennbaren Geschäftsunerfahrenheit der Darlehensnehmer auch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung als weitere Fallgruppe Anerkennung findet, ist nicht anzunehmen. Zwar setzen sich einige Gerichte mit einer Aufklärungspflicht der Bank wegen der erkennbaren Geschäftsunerfahrenheit des Darlehensnehmers auseinander, so auch das OLG Düsseldorf in seiner für die Begründung der Ansicht von Fuellmich und Rieger maßgeblichen Entscheidungsbegründung¹¹¹. Jedoch geht der XI. Zivilsenat des BGH in seinem Urteil vom 18.3.2003 ausdrücklich davon aus, dass eine Ausnahme von dem Grundsatz der fehlenden Aufklärungs- und Hinweis-

¹⁰⁷ Siol in: Schimansky/ Bunte/ Lwowski, Bankrechtshandbuch Band I, § 44 Rn. 26.

¹⁰⁸ Fuellmich/ Rieger, ZIP 1999, 465 (469), a.A. Edelmann, MDR 2000, 176; Bruchner, WM 1999, 825; Früh, ZIP 1999, 701.

¹⁰⁹ Auch Schwintowski/ Schäfer, Bankrecht, § 14 Rn. 165, gehen von der Unerfahrenheit als weiterer Fallgruppe aus.

¹¹⁰ Noch weitergehend Köndgen, der eine Deliktshaftung der Bank annehmen möchte, wenn sich der Bank nach den Umständen aufdrängen musste, dass der Bauträger oder Fondsinitiator eine (aus den Beleihungsunterlagen) erkennbar unerfahrene Anlegerschaft planmäßig übervorteilt oder dass das Projekt von vornherein zum Scheitern verurteilt ist. In einem solchen Fall mache sich der Kreditgeber zum gesamtschuldnerisch haftenden Gehilfen einer sittenwidrigen Schädigung (§§ 826, 830 II BGB). Vgl. Köndgen, NJW 2000, 468 (472).

¹¹¹ OLG Düsseldorf, ZIP 1993, 1376 (1377); vgl. insoweit auch den Kurzkommentar von Kollner, EWIR 1993, 867; OLG Stuttgart, Urt. v. 08.01.2001, Az.: 6 U 48/00, räumt ein, dass eine Aufklärungspflicht in „krassen Fällen“ erkennbarer Geschäftsunerfahrenheit in Betracht kommt (vgl. S.10 des Urt.).

pflicht der Banken nur in den vier, oben bereits dargestellten, Ausnahmefällen in Betracht kommt¹¹².

2.2.2. Die Haftung des Kreditinstituts nach den Grundsätzen der Prospekthaftung¹¹³

Nach der Entscheidung des BGH vom 31.05.1990¹¹⁴ gelten die Grundsätze der Prospekthaftung, welche ursprünglich für Beteiligungen an Publikums-Gesellschaften entwickelt wurde, auch für Bauherrenmodelle.

Da die ihm Rahmen der Strukturvertriebe „verkauften“ Treuhandmodelle häufig mit dem Argument beworben wurden, die angebotenen Modelle seien „bankgeprüft“¹¹⁵, steht auch insoweit die Frage der Haftung nach den Grundsätzen der Prospekthaftung im Raume.

Wurde die Bank mit ihrer Billigung in das Prospekt aufgenommen und lässt sie erklären, die Anlage sei „bankgeprüft“, so kommt die Möglichkeit einer Prospekthaftung in Betracht¹¹⁶.

¹¹² BGH, NJW 2003, 2088 (2090).

¹¹³ Zu den Voraussetzungen der bürgerlichrechtlichen Prospekthaftung Assmann in: Assmann/ Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, § 7 Rn. 94-182.

¹¹⁴ BGHZ 111, 314.

¹¹⁵ So Fuellmich/ Rieger, ZIP 1999, 427 (430) aufgrund einer von ihnen durchgeführten Untersuchung von 2 500 Fällen.

¹¹⁶ Siol, DRiZ 2003, 204; BGH, NJW-RR 1986, 1102.

C. Die Problematik der Wirksamkeit des Treuhandvertrages und der Treuhandvollmacht

I. Unwirksamkeit des Treuhandvertrages wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz

1. Die Entscheidung des IX. Zivilsenats des BGH vom 28.2.2000 – Genehmigungsbedürftigkeit nach Art. 1 § 1 I 1 RBerG für Treuhändertätigkeit im Rahmen von Bauträgermodellen

Der IX. Zivilsenat des BGH stellte in seinem Urteil von 28.9.2000¹ in einem obiter dictum fest, dass

„wer ausschließlich oder hauptsächlich die rechtliche Abwicklung eines Grundstückserwerbs im Rahmen eines Bauträgermodells für den Erwerber besorgt, bedarf der Genehmigung nach Art. 1 § 1 I 1 RBerG. Verfügt er darüber nicht, ist ein solcher Geschäftsbesorgungsvertrag nichtig.“

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Kläger verlangte von dem verklagten Notar Schadenersatz wegen Amtspflichtverletzung bei der Beurkundung eines Treuhandvertrages im Rahmen eines Altbausanierungsmodells. Gegenstand dieses Vorhabens waren der Umbau und die Modernisierung eines Gebäudes durch eine K-Bau- und Immobiliengesellschaft mbH als Bauträger und die Aufteilung in Wohnungseigentum. Der Kläger wollte eine noch fertigzustellende Eigentumswohnung erwerben. Zur Wahrnehmung seiner Rechte bei der Abwicklung – gegebenenfalls auf Rückabwicklung – des Erwerbsvorgangs und allen damit zusammenhängenden Rechtsgeschäften und Handlungen beauftragte der Kläger die E-GmbH in einem Geschäftsbesorgungsvertrag. Hierin erteilte der Kläger dem Ge-

¹ BGHZ 145, 265 = BGH, NJW 2001, 70.

schäftsbesorger Vollmacht für „die Vornahme aller Rechtsgeschäfte, Rechtshandlungen und Maßnahmen, insbesondere die Abgabe und Entgegennahme von Willenserklärungen, welche für den Eigentumserwerb der Wohnungseinheit erforderlich oder zweckdienlich erscheinen“. Der Geschäftsbesorger wurde insbesondere ermächtigt folgende Verträge abzuschließen und Rechtshandlungen vorzunehmen:

- 3.1. Abschluss von Kaufverträgen.....
- 3.2. Abgabe der auf eine etwaige Änderung der Teilungserklärung ... einschließlich Gemeinschaftsordnung gerichteten Erklärungen. Abschluss eines Verwaltervertrages sowie die Erteilung der Verwaltervollmacht. Änderung der Miteigentumsanteile, sowie der Abgabe der zur Begründung von Sondernutzungsrechten erforderlichen Erklärungen.
- 3.4. Der Geschäftsbesorger ist ermächtigt, den/die vom Erwerber und/ oder seinem Berater/ Vermittler oder Finanzvermittler mit einer Bank besprochenen und ausgehandelten Darlehensvertrag bzw. Darlehensverträge abzuschließen und/ oder aufzuheben sowie alle erforderlichen Sicherungsverträge auf der Grundlage der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kreditinstitute abzuschließen .. . Der Geschäftsbesorger ist zum Abschluss eines Finanzierungsvermittlungsvertrages mit einem Finanzierungsvermittler ermächtigt..
- 3.5. Belastungen des Wohnungs- und/ oder Teileigentums mit Grundpfandrechten aller Art in beliebiger Höhe. ... Übernahme abstrakter Schuldverpflichtungen im Zusammenhang mit Darlehensverträgen, ferner Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in persönlicher und dinglicher Hinsicht.

- 3.6. Abgabe und Entgegennahme von sonstigen Eintragungsbewilligungen und Eintragungsanträgen aller Art im Grundbuch. ...
- 3.7. Abnahme des Sonder- und Gemeinschaftseigentums....
- 3.8. Entgegennahme von Steuerbescheiden, insbesondere bezüglich der Grunderwerbssteuer.
- 3.9. ... Abschluss eines Mietgarantie/ Mietverwaltungsvertrages ...
- 3.10. Eröffnung, Führung und Auflösung von Konten bei Kreditinstituten. ...
- 3.11. Vornahme von Kaufpreiszahlungen sowie Zahlungen der ... Kosten.
- 3.12. Entgegennahme und Verwahrung von Bankbürgschaften im Sinne des § 7 MaBV. ...
- 3.13. Erteilung von Aufträgen und Vollmachten, insbesondere Prozessvollmachten an Rechtsanwälte, Steuerberater, ... Beauftragung von Sachverständigen. ...
- 3.15. Vertretung in der Eigentümerversammlung.

Der Kläger war der Ansicht, dass der Geschäftsbesorgungsvertrag gegen Art.1 § 1 RBERG verstoße und der Notar dies habe erkennen und eine Beurkundung des Vertrages habe ablehnen müssen².

Zur Begründung seiner Entscheidung führte der Senat aus:

² Ein Schadensersatzanspruch stand dem Kläger im Ergebnis jedoch nicht zu, da dem Notar nach Auffassung des BGH die Unkenntnis des Erfordernisses der Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz bei einer Beurkundung im Jahre 1993 nicht als schuldhaft vorgeworfen werden konnte, BGH, Urt. v. 28.9.2000, NJW 2001, 70.

Die Tätigkeiten der Geschäftsbesorgerin seien in der Hauptsache Tätigkeiten rechtsbesorgender Art gewesen. Eine Rechtsbesorgung liege dann vor, wenn die Tätigkeit darauf gerichtet und geeignet sei, konkrete fremde Rechte zu verwirklichen oder zu gestalten. Konkrete fremde Rechtsverhältnisse würden insbesondere durch den Abschluss von Verträgen gestaltet, die von einem Geschäftsbesorger im Namen eines Dritten geschlossen werden. Da die Tätigkeit der E-GmbH hauptsächlich im Abschluss der Kauf-, Finanzierungs- und Mietverträge sowie in der dinglichen Belastung des Eigentums und der Geschäfte zur Bildung der Wohnungseigentümergeinschaft liege, waren ihre Tätigkeiten in der Hauptsache rechtsbesorgender Art. Darüber hinaus greife auch nicht der Ausnahmetatbestand des Art.1 § 5 Nr. 1 RBerG ein. Die Rechtsbesorgung im Rahmen eines Bauträgermodells werde nicht wie die „Vollbetreuung“ bei der Baubetreuung im engeren Sinne durch einen gewerblichen Baubetreuer als Hilfs- oder Nebentätigkeit, sondern vielmehr als alleinige Tätigkeit ausgeübt. Der Geschäftsbesorger sei gerade kein Baubetreuer im engeren Sinne, der im Namen, in Vollmacht und für Rechnung des Betreuten das Bauvorhaben – typischerweise auf einem Grundstück des Betreuten – durchführt und die Verträge mit den am Bau Beteiligten abschließt³. Es liege daher keine Abweichung von seiner früheren Rechtsprechung vor. Vielmehr seien die vom BGH bisher entschiedenen Fälle nicht mit dem vorliegenden vergleichbar⁴.

³ Soweit der Senat in seiner Entscheidung weiterhin davon ausgeht, es handle sich um ein Erwerbermodell, stimmt dies mit der hier vorgenommenen Modelleinteilung zwar nicht überein, ist jedoch unschädlich. Es handelt sich vielmehr um ein Sanierungsmodell in der Ausgestaltung eines Bauträgermodells, der Senat hat sich hier an die Einteilung von Reithmann in: Reithmann/ Meichssner/ v. Heymann, Kauf vom Bauträger, S. 211 angelehnt, vgl. auch Kap. A. II., Fn. 23.

⁴ Das Berufungsgericht hatte sich bei der Annahme eines Ausnahmetatbestandes nach Art. 1 § 5 Nr. 1 RBerG auf die Entscheidung des BGH, NJW 1976, 1635 und BGHZ 70, 12 gestützt.

2. Genehmigungsbedürftigkeit der Treuhändertätigkeit im Rahmen der Bauherrenmodelle sowie der geschlossenen Immobilienfonds

In der Literatur wurde nach der Entscheidung des BGH vom 28.9.2000 teilweise die Auffassung vertreten, eine Genehmigungsbedürftigkeit der Treuhändertätigkeit gelte nur im Rahmen von Bauträgermodellen, nicht jedoch bei Bauherrenmodellen oder geschlossenen Immobilienfonds⁵. Diese Meinung gründete vornehmlich auf der unglücklichen Formulierung der Urteilsbegründung. Der Senat hatte bei der Abgrenzung zwischen Bauträgermodell und der Baubetreuung im engeren Sinne in Anlehnung an die von Koeble vorgenommene Einteilung der Begriffe⁶ unter anderem darauf abgestellt, dass bei einer Baubetreuung im engeren Sinne das Bauvorhaben typischerweise auf einem Grundstück des Betreuten durchgeführt werde⁷.

Bei einem Bauherrenmodell wird das Bauvorhaben typischerweise auf dem Grundstück des Betreuten bzw. auf dem Grundstück, welches in seinem Miteigentum steht, durchgeführt, ohne dass der Treuhänder bei den hier in Rede stehenden Modellen auch eine Baubetreuung im engeren Sinne zu leisten hätte. Diese ist nämlich weiterhin durch die wirtschaftliche und technische Abwicklung des Bauvorhabens gekennzeichnet⁸.

So wies der IV. Zivilsenat in seinem Urteil vom 26.3.2003 ausdrücklich darauf hin, dass es nicht darauf ankomme, ob der Anleger die Eigentumswohnung im Zuge eines Bauträger- oder Bauherrenmodells erworben habe⁹. Es sei vielmehr allein die konkrete Ausgestaltung des Treuhandvertrages entscheidend, nämlich dass die Rechtsbetreuung verselbstständigt und auf den Treuhänder konzentriert sei¹⁰.

⁵ Hierfür insbesondere: Edelmann, DB 2001, 687 f.

⁶ Koeble, NJW 1974, 721.

⁷ Vgl. die Kritik von Sauer/ Wittmann, BKR 2003, 656 (662), die darauf abstellen, dass es keinen Unterschied machen könne, ob der Erwerber auf eigenen Grund baut.

⁸ Koeble, NJW 1974, 721.

⁹ BGH, NJW 2003, 1594 (1595).

¹⁰ BGH, NJW 2003, 1594 (1595); BGH, NJW 2002, 66 (67); BGH, NJW 2001, 70.

Der XI. Zivilsenat übertrug diese Grundsätze auch auf die Tätigkeit des rechtsgeschäftlich vertretungsberechtigten Treuhänders im Zusammenhang mit dem Beitritt des Anlegers zu einem geschlossenen Immobilienfonds¹¹. Danach ist ein Treuhandvertrag, der den Treuhänder nicht primär zur Wahrnehmung wirtschaftlicher Belange des Anlegers verpflichtet, sondern ihm umfassende Befugnisse zur Vornahme und Änderung von Rechtsgeschäften einräumt, auf die Besorgung einer fremden Rechtsangelegenheit gerichtet¹².

Eine Erlaubnispflicht der Treuhandtätigkeit liegt somit dann vor, wenn der Treuhänder umfassend mit der Vornahme von Rechtsgeschäften und sonstigen Rechtshandlungen für den Anleger beim Erwerb einer Immobilie oder beim Beitritt zu einem geschlossenen Immobilienfonds betraut ist und sich diese Rechtsbesorgung nicht als bloße Hilfstätigkeit im Rahmen einer „Vollbetreuung“ darstellt, die auch die Beratung und Betreuung des Anlegers in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht umfasst¹³.

¹¹ Ob auch der Treuhandkommanditist einer Genehmigung nach Art.1 § 1 RBerG bedarf, ist gerichtlich nicht geklärt. Wagner und v. Heymann lehnen eine Übertragbarkeit der Rechtsprechung auf den Treuhandkommanditisten ab. Dieser nehme in erster Linie eine Geschäftsbesorgung der „Verwaltung“ der Fondsbeteiligung wahr und übe in diesem Zusammenhang die Mitgliedschaftsrechte für den Kapitalanleger nach dessen Weisung aus. Der Schwerpunkt seiner Tätigkeit liege damit im wirtschaftlichen Bereich, vgl. Wagner/ v. Heymann, WM 2003, 2222 ff. Hinsichtlich der Grundbuchtreuhandsgesellschaft bei der GbR vgl. OLG Celle, Urt. v. 1.4.2004, Az. 4 U 130/03. Das OLG Celle hat hier die Tätigkeit einer Wirtschafts- und Steuerprüfergesellschaft als genehmigungsfrei anerkannt, da die Grundbuchtreuhandsgesellschaft ihren Schwerpunkt im Bereich der wirtschaftlichen Tätigkeit habe. Die Treuhänderin war insoweit beauftragt worden, das Eigentum an dem im Grundbuch eingetragenen Grundstück vom bisherigen Treuhänder zu übernehmen und als wirtschaftliches Eigentum der Fondsgesellschaft treuhänderisch im eigenen Namen zu halten.

¹² BGH, NJW 2001, 3774; bestätigt durch die Entscheidung des II. ZR v. 16.12.2002, BGH, NJW 2003, 1252.

¹³ Vgl. die Zusammenfassung von Arnold in: Finanz Colloquium Heidelberg, Fehlgeschlagene Immobilienkapitalanlagen, S. 68.

3. Rechtsprechungsanalyse

3.1. Die Treuhandtätigkeit als Besorgung einer fremden Rechtsangelegenheit i.S.v. Art.1 § 1 RBerG

3.1.1. Der Schutzzweck des Rechtsberatungsgesetzes

Das Rechtsberatungsgesetz ist das Berufsordnungsgesetz der nichtanwaltlichen Rechtsberater¹⁴. Es ist ein typisches Gewerbe- und Berufspolizeigesetz¹⁵. Es hat eine dreifache Schutzrichtung¹⁶. Es schützt zum einen den Rechtssuchenden vor Beratungen durch Personen ohne die erforderliche Sachkunde, darüber hinaus dient es der Sicherstellung einer geordneten Rechtspflege und zum anderen dem Schutz des Anwaltsstandes gegen Wettbewerb mit Personen, die vergleichbaren – berufsrechtlichen, gebührenrechtlichen und sonstigen im Interesse der Rechtspflege gesetzten – Bindungen nicht unterliegen.

Als verfassungsrechtlich legitimer Schutzzweck wird durch das BVerfG nur der Schutz des Rechtssuchenden sowie der Schutz der geordneten Rechtspflege anerkannt¹⁷. Soweit der Einzelne vor Schäden durch die Erteilung eines Rechtsrats durch unqualifizierte Personen bewahrt werden soll, stellt das Rechtsberatungsgesetz die Qualität der Rechtsbesorgung für einen Dritten sicher und ist damit ein wichtiger Aspekt des Verbraucherschutzes¹⁸.

Der Schutz des Anwaltsstandes vor Wettbewerb als solchem ist hingegen verfassungsrechtlich nicht haltbar¹⁹. Allenfalls im Rahmen des Schutzzwecks der Sicherstellung einer geordneten Rechtspflege darf

¹⁴ Schönberger, NJW 2003, 249 (250).

¹⁵ Friedlaender, JZ 1955, 305.

¹⁶ Senge in: Erbs/ Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, R 55: Rechtsberatungsgesetz, Vorb. Rn. 2; König, Rechtsberatungsgesetz – Grundfragen und Reformbedürftigkeit, S. 22 ff; Rennen/ Caliebe, Art. 1 § 1, Rn. 9; BGH, NJW 2001, 3541 (3543).

¹⁷ BVerfG, NJW 1998, 3481; BVerfG, NJW 1988, 545; BVerfG, NJW 1976, 1349.

¹⁸ Prütting, NJW 2004, Beilage zu Heft 27/2004, S. 34.

¹⁹ Schönberger, NJW 2003, 249 (253)

der Gesetzgeber den Zweck verfolgen, die Rechtsanwaltschaft als eine leistungsfähige Berufsgruppe zu erhalten²⁰.

3.1.2. Gebot der verfassungskonformen restriktiven Auslegung des Rechtsberatungsgesetzes

Nach Ansicht des BVerfG begegnet es keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, dass das Rechtsberatungsgesetz grundsätzlich einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit darstellt²¹. Im Hinblick auf die Berufsausübungsfreiheit des Art. 12 I GG tendieren das BVerfG sowie der BGH jedoch zu einer stärker betonten verfassungskonformen Auslegung des Rechtsberatungsgesetzes²².

Nach der Rechtsprechung des BVerfG liegt keine unerlaubte Rechtsbesorgung bei Befassung mit rechtlichen Vorgängen vor, wenn die Wahrnehmung wirtschaftlicher Belange im Vordergrund steht²³. Soweit eine Berufstätigkeit schon vom Ansatz her nicht als umfassende Beratung auf mindestens einem Teilgebiet des Rechts angeboten wird, bedarf es im Lichte des Art. 12 GG sorgfältiger Prüfung, ob eine angebotene Dienstleistung als Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten oder nur als kaufmännische Hilfeleistung einzuordnen ist²⁴. Damit nimmt das BVerfG untergeordnete Hilfstätigkeiten von vornherein aus dem Anwendungsbereich des Rechtsberatungsgesetzes heraus²⁵.

²⁰ Schönberger, NJW 2003, 249 (253) unter Hinweis auf Hermanns, Grenzen zulässiger Rechtsberatung durch die öffentliche Hand und den privaten Unternehmer, S. 55 f.; Henssler, AnwBl 2001, 525 (526). Prütting plädiert hingegen dafür, dass der Einsatz einer kompetenten Rechtsanwaltschaft unabdingbare Voraussetzung für die Rechtentwicklung und insbesondere die Rechtsfortbildung ist, Schutzzweck sei mithin der Schutz des Rechtsstaates insgesamt. Vgl. Prütting, NJW 2004, Beilage zu Heft 27/2004, S. 34 (35).

²¹ BVerfG, NJW 2002, 1190. Zu der Vereinbarkeit des Rechtsberatungsgesetzes mit dem europäischen Gemeinschaftsrecht vgl. Schönberger, NJW 2003, 249 (251 f); Prütting, NJW 2004, Beilage zu Heft 27/2004, S. 34 (39).

²² Schönberger, NJW 2003, 249 (255); Kleine-Cosack, NJW 2003, 3009.

²³ BVerfG, ZIP 2002, 2048.

²⁴ BVerfG, NJW 1998, 3481 (3482).

²⁵ Schönberger, NJW 2003, 249 (255).

Darüber hinaus zeichnet sich in der Rechtsprechung des BVerfG die Tendenz ab, die Rechtsberatungsbefugnis des Inhabers einer Teilbereichserlaubnis im Licht von Art. 12 I GG weit auszulegen, da diese Erlaubnis nur erteilt wird, wenn die erforderliche persönliche Zuverlässigkeit, Eignung und Sachkunde vorhanden sind, und die Schutzzwecke des Rechtsberatungsgesetzes durch die weite Auslegung dieser Befugnis nicht beeinträchtigt werden²⁶.

Der I. ZR des BGH schließt sich in seinem Urteil vom 30.3.2000 der von König²⁷ vertretenen Auffassung an, wonach es nicht dem Sinn und Zweck des Rechtsberatungsgesetzes entspricht, dass jede eigenständige Begründung von Vertragsverhältnissen für Dritte – ausgenommen die Bargeschäfte des täglichen Lebens²⁸ oder sonstige Rechtsgeschäfte ohne erhebliches Gewicht – als erlaubnispflichtige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten anzusehen sei²⁹. Unter Hinweis auf die bis dahin in der Kommentarliteratur³⁰ vorherrschende Ansicht stellt er maßgebend darauf ab, ob der Auftraggeber im Rahmen einer Geschäftsbesorgung eine besondere rechtliche Prüfung von Geschäftsinhalt oder Geschäftsrisiken ausdrücklich wünscht oder zumindest erkennbar erwartet. Was der Auftraggeber im Rahmen einer Geschäftsbesorgung erwarte, richte sich nach der Person und Qualifikation des Geschäftsbesorgers, den verkehrstypischen Gepflogenheiten und objektiven Maßstäben des jeweiligen Geschäfts. Eine Rechtsbesorgung liege demnach nicht vor bei einer wirtschaftlichen Tätigkeit, bei der sich die mit ihr notwendig verbundene rechtliche Betätigung in Formen abspiele, die den angesprochenen Verkehrskreisen geläufig sei und daher nicht mehr als Betätigung auf rechtlichem Gebiet empfunden werde.

²⁶ So Schönberger, NJW 2003, 249 (255) unter Hinweis auf BVerfG, NJW 2002, 1190.

²⁷ König, Rechtsberatungsgesetz, S. 30.

²⁸ Der Barkauf solle nach der h.M. nicht in den Anwendungsbereich des RBerG fallen, da sich dieser in jedermann geläufigen Formen abspiele und daher seiner Art nach überhaupt nicht mehr als Betätigung auf rechtlichem Gebiet empfunden werde, vgl. Altenhoff/ Busch/ Kampmann/ Chemnitz, RBerG, 9. Auflage, Art. 1 § 1, Rn. 42.

²⁹ BGH, NJW 2000, 2108 (2109).

³⁰ Altenhoff/ Busch/ Chemnitz, RBerG, 10. Aufl., Art. 1 § 1, Rn. 63-74; Rennen/ Caliebe, RBerG, 2. Aufl., Art. 1 § 1, Rn. 16; König, op. cit., S. 32 f., 40 f.

Der I. ZR des BGH ist somit dazu übergegangen, das Rechtsberatungsgesetz restriktiver auszulegen. Der IX. ZR des BGH hat sich bei der Begründung seines Urteils vom 28.9.2000 an die Ansicht des I. Senats angelehnt. Danach sei hinsichtlich der Frage, ob die Besorgung einer Rechtsangelegenheit vorliege, entscheidend, dass bei den durch den Treuhänder vorzunehmenden Vertragsschlüssen in rechtlicher Hinsicht ein erheblicher Beratungsbedarf bestehe³¹.

3.1.3. Der Begriff der Rechtsbesorgung i.S.v. Art. 1 § 1 RBerG in Abgrenzung zur rein wirtschaftlichen Betätigung

Nach Art. 1 § 1 RBerG bedarf die geschäftsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten einschließlich der Rechtsberatung und die Einziehung fremder oder zu Einziehungszwecken abgetretener Forderungen der behördlichen Erlaubnis.

Der Begriff der Rechtsbesorgung ist gesetzlich nicht definiert³². Die herrschende Meinung versteht darunter eine Tätigkeit, die auf die unmittelbare Förderung konkreter fremder Rechtsangelegenheiten gerichtet ist³³. Hierbei kann die rechtsbesorgende Tätigkeit der Rechtsgestaltung oder der Rechtsverwirklichung dienen³⁴.

Die in der Literatur und Rechtsprechung unangefochtene herrschende Meinung geht bei der Bestimmung des Begriffs der Rechtsbesorgung davon aus, dass die Tätigkeit einen rechtlichen Erfolg erzielt. Sie geht insoweit von einem finalen Verständnis der Rechtsbesorgung aus³⁵.

³¹ Vgl. insoweit die Urteilsbegründung BGH, NJW 2000, 70 (71).

³² Vgl. zur geschichtlichen Herkunft des Begriffs der Rechtsbesorgung, aufgrund des § 35 Abs. 3 RGewO von 1883, König, Rechtsberatungsgesetz., S. 34 ff.

³³ Kleine-Cosack, RBerG, Art. 1 § 1, Rn. 2.; Erbs/ Kohlhaas, R55., Art. 1 § 1, Rn. 12; BGHZ 38, 71 (75); BGH, NJW 1989, 2125; OLG Köln, NJW 1999, 504 (505); BGH, NJW 2000, 2108.

³⁴ Chemnitz/ Johnigk, RBerG, Art. 1 § 1, Rn. 63, 64.

³⁵ König, Rechtsberatungsgesetz, S. 27 f.

Diese finale Auslegung des Begriffs der Rechtsbesorgung, insbesondere der Verzicht auf eine Begrenzung seines Umfang auf spezifisch juristische, der Anwaltstätigkeit vergleichbare Tätigkeiten entspricht aber nicht nur dem Willen des historischen Gesetzgebers, sondern diese Auslegung ergibt sich vielmehr aus dem Wortlaut des Art. 1 § 1 RBerG, wonach sich die Erlaubnispflicht auch auf typischerweise nichtanwaltliche Tätigkeiten, wie z.B. den Forderungseinzug, erstreckt³⁶.

Da die Besorgung einer wirtschaftlichen Angelegenheit leicht auch in rechtliche Vorgänge eingreift, ohne jedoch sofort eine Rechtsbesorgung darzustellen, ist die Rechtsbesorgung von der Besorgung einer wirtschaftlichen Angelegenheit abzugrenzen.

Die Besorgung wirtschaftlicher Angelegenheiten einschließlich der Wirtschaftsberatung ist erlaubnisfrei und jedermann gestattet³⁷. Eine Abgrenzung der wirtschaftlichen Angelegenheit zur Rechtsbesorgung wird danach vorgenommen, worin der Schwerpunkt der Betätigung liegt³⁸. Steht die juristische Formgebung im Vordergrund, z.B. durch den Abschluss oder die Gestaltung von Verträgen, so handelt es sich um eine Rechtsangelegenheit³⁹. Zu beachten ist hierbei jedoch, dass bei der Verknüpfung wirtschaftlicher Geschäfte mit der Besorgung von Rechtsangelegenheiten das RBerG dann keine Anwendung findet, wenn es sich um eine rechtliche Tätigkeit handelt, deren Voraussetzungen, Formen und Rechtsfolgen jedermann vertraut sind, die also allgemein überhaupt nicht mehr als Betätigung auf rechtlichem Gebiet empfunden wird⁴⁰.

Wie bereits dargestellt, muss nach Ansicht des BVerfG eine Abwägung zwischen den Zielen des Rechtsberatungsgesetzes und der durch Art.

³⁶ König, Rechtsberatungsgesetz, S. 37 f.

³⁷ Schöneberger, Die Grenzen der Rechtsbesorgungsbefugnis des Steuerberaters nach dem Steuerberatungsgesetz, S. 57.

³⁸ So nun auch ausdrücklich BVerfG, Beschl. v. 27.9.2002, ZIP 2002, 2048.

³⁹ Schöneberger, op. cit., S. 57; so auch Schorn, Die Rechtsberatung, S. 100 f.

⁴⁰ Erbs/ Kohlhaas, R 55, Art. 1 § 1, Rn. 6 f.; so auch schon Altenhoff/ Busch/ Kampmann/ Chemnitz, RBerG, 9. Aufl., Art. 1 § 1, Rn. 42.

12 GG geschützten Berufsfreiheit des ohne Erlaubnis nach Art. 1 § 1 RBerG tätigen Geschäftsbesorgers stattfinden. Eine Einschränkung erfährt der Anwendungsbereich des RBerG somit durch die Rechtsprechung des BGH, der darauf abstellt, ob hinsichtlich der zu besorgenden Geschäfte ein Bedarf an rechtlicher Beratung besteht⁴¹.

3.1.4. Der Ausnahmetatbestand des Art. 1 § 5 Nr. 1 und Nr. 2 RBerG

Gemäß Art. 1 § 5 Nr. 1 RBerG steht den Vorschriften des Rechtsberatungsgesetzes nicht entgegen, dass kaufmännische oder sonstige gewerbliche Unternehmer für ihre Kunden rechtliche Angelegenheiten erledigen, die mit einem Geschäft ihres Gewerbebetriebs in unmittelbarem Zusammenhang stehen.

Das gleiche gilt gem. Art. 1 § 5 Nr. 2 RBerG für die rechtliche Bearbeitung von Angelegenheiten durch Steuerberater, die im unmittelbaren Zusammenhang mit deren beruflichen Aufgaben stehen und ohne die eine sachgemäße Erledigung nicht möglich wäre.

Art. 1 § 5 RBerG enthält somit eine gesetzliche Ausnahme von dem Erlaubniszwang des Art. 1 § 1 RBerG⁴². Art. 1 § 5 RBerG will verhindern, dass die Erlaubnispflicht nach Art. 1 § 1 RBerG dazu führt, dass einem Unternehmer die gewerbliche Tätigkeit unangemessen er-

⁴¹ Das Bundesjustizministerium hat sich in seinem Diskussionsentwurf zur Neuregelung des Rechtsberatungsgesetzes hinsichtlich des Anwendungsbereichs des vorgeschlagenen neuen Rechtsdienstleistungsgesetzes (RDG) an die neue Begrifflichkeit in der Rechtsprechung des BVerfG und des BGH angelehnt. Der materielle Anwendungsbereich des Gesetzes soll hiernach auf „echte Rechtsanwendung“ beschränkt sein. Danach soll eine Rechtsdienstleistung vorliegen, wenn der Auftraggeber zu erkennen gibt, dass er die rechtlichen Auswirkungen eines Geschäfts nicht überblickt und er den Dritten mit dem Ziel einschaltet, den Vorgang unter Anwendung des Rechts, d.h. unter Anwendung der einschlägigen gesetzlichen Vorschriften zu prüfen oder ihn über die rechtlichen Folgen des Vertragsschlusses aufzuklären. Vgl. die Begründung des Diskussionsentwurfs, NJW 2004, Beil. Zu Heft 38/2004, S.15 f. Zum Reformbedarf des RBerG vgl. Rottleuthner, NJW 2004, Beilage zu Heft 27/2004, S. 40 ff.

⁴² Chemnitz/ Johnigk, RBerG, Art. 1 § 5, Rn. 502.

schwert oder unmöglich gemacht wird⁴³. Voraussetzung für die Befreiung ist, dass das Gewerbe oder der Beruf ohne gleichzeitige Beratung des Kunden nicht sachgemäß ausgeübt werden kann. Zweck der Vorschrift ist daher nicht, Rechtsberatung oder Rechtsbesorgung durch ein kaufmännisches oder gewerbliches Unternehmen grundsätzlich zu gestatten⁴⁴.

Eine Ausnahme nach Art. 1 § 5 Nr. 1 RBerG kommt daher nur in Betracht, wenn die Rechtsberatung oder Rechtsbesorgung nicht alleiniger Gegenstand der unternehmerischen Tätigkeit ist⁴⁵. Die Rechtsbesorgung muss sich daher vielmehr als notwendiges Hilfsgeschäft zur wirtschaftlichen Tätigkeit darstellen⁴⁶.

Der BGH lehnte in seinem Urteil vom 28.9.2000 die Annahme einer Rechtsbesorgung als Hilfstätigkeit hinsichtlich einer wirtschaftlichen Tätigkeit durch den Treuhänder ab. Eine wirtschaftliche Betätigung des Treuhänders lag nach den Feststellungen der Instanzgerichte gerade nicht vor. Eine wirtschaftliche Betätigung liegt nach Ansicht des BGH in der Baubetreuung i.e.S.. Unter der Baubetreuung i.e.S. kann nur die wirtschaftliche Baubetreuung verstanden werden. Diese beinhaltet die Vorbereitung, Organisation und Koordination der Baudurchführung, die Vorbereitung und Führung von Verhandlungen mit den Baubeteiligten, Mitwirkung bei der Erstellung der Teilungserklärung, Erstellung der Schlussabrechnung u.s.w.⁴⁷.

Diese wirtschaftliche Baubetreuung wird von dem Treuhänder bei den im Rahmen der Strukturvertriebe angebotenen Treuhandmodelle allerdings nicht geschuldet. Vielmehr wird der Initiator mit der wirtschaftlichen Baubetreuung beauftragt⁴⁸. Dem Treuhänder verbleibt

⁴³ Erbs/ Kohlhaas, R 55, Art. 1 § 5, Rn. 1.

⁴⁴ Erbs/ Kohlhaas, R 55, Art. 1 § 5, Rn. 1.

⁴⁵ Erbs/ Kohlhaas, R 55, Art. 1 § 5, Rn. 1; BGH, NJW 1987, 3005.

⁴⁶ Altenhoff/ Busch/ Chemnitz, RBerG., Art. 1 § 5, Rn. 381; BGH, MDR 1989, 793; BVerfG, NJW 1988, 543.

⁴⁷ Brych/ Pause, Baurägerkauf und Baumodelle, S. 219.

⁴⁸ Brych/ Pause, op. cit., S. 219.

allein der Abschluss der auf das Anlagegeschäft sowie auf dessen Finanzierung gerichteten Verträge, insbesondere der Abschluss von Kauf- und Darlehensverträgen, die Bestellung von Grundsicherheiten, gegebenenfalls die Abgabe der Teilungserklärung⁴⁹. Der Treuhänder ist somit allein mit Aufgaben betraut, die unter den Begriff der Rechtsbesorgung fallen.

Voraussetzung für das Nebentätigkeitsprivileg des Steuerberaters nach Art. 1 § 5 Nr. 2 RBerG ist, dass der Treuhänder in der Hauptsache eine steuerliche Beratung schuldet. Auch dies war in den von der Rechtsprechung bisher entschiedenen Fallgestaltungen im Rahmen der Treuhandmodelle nicht der Fall.

3.1.5. Die Kritik der Literatur

In der Literatur ist die Auffassung der Rechtsprechung zur Erlaubnisbedürftigkeit der Treuhändertätigkeit im Rahmen der Treuhandmodelle nur vereinzelt auf Kritik gestoßen⁵⁰.

Derleder⁵¹ stimmt zwar grundsätzlich dem vom BGH gefundenen Ergebnis zu, kritisiert jedoch, dass es die Branche bei zukünftigen Modellen somit weiterhin in der Hand habe, die Anwendbarkeit des

⁴⁹ Reihmann trifft demgegenüber eine Unterscheidung danach, ob es sich um einen Basis-treuhänder oder um einen Kontotreuhänder handelt. Ein Treuhänder, der ausschließlich zur finanziellen Überwachung, insbesondere von Vorauszahlungen, eingesetzt ist – Kontotreuhänder – unterliegt nicht dem RBerG, sondern den Bestimmungen der MaBV. Als Basistreuhänder sei hingegen in Abgrenzung von anderen, mit technischen und finanziellen Aufgaben betreuten Personen, derjenige zu bezeichnen, der mit dem Erwerber persönlich in Verbindung tritt und der für ihn die Verträge abschließt. Der Basistreuhänder unterfalle dem RBerG, Reithmann, ZfIR 2004, 275 (276).

⁵⁰ Vgl. insoweit Nittel, NJW 2002, 2599 (2600), der davon ausgeht, dass die Erlaubnisbedürftigkeit heute herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur sei. Vgl. auch Kleine-Cosack, BB 2003, 1737 m.w.N.

⁵¹ Derleder, ZfIR 2002, 1.

RBerG durch eine geschickte Vertragsgestaltung auszuschalten⁵². Seiner Ansicht nach liege der Unrechtsgehalt der Treuhandmodelle darin, dass es sich um „Selbstentmündigungspakete“ handle. Demnach sei dann eine erlaubnispflichtige Rechtsbesorgung anzunehmen, wenn der Anleger auch durch einen umfassenden Betreuungsvertrag eine Vollmacht für den Abschluss einer Vielzahl von Verträgen geben soll. Sei die Kapitalanlage jedoch nicht fremdfinanziert oder habe der Anleger den Darlehensvertrag selbst geschlossen, so sei das RBerG nicht anwendbar, da er insoweit dessen Schutzes nicht bedürfe⁵³.

Soweit die Ansicht der Rechtsprechung jedoch in Gänze auf Ablehnung stößt, wird insoweit insbesondere vorgebracht, dass eine erlaubnispflichtige Rechtsbesorgung nicht vorliege, da der Treuhänder schwerpunktmäßig mit wirtschaftlichen Aufgaben betraut sei⁵⁴. Darüber hinaus habe der BGH die Vorgaben des BVerfG zu einer restriktiven Auslegung des RBerG nicht beachtet⁵⁵.

Kleine-Cosack geht davon aus, dass in den „Bauherren-Treuhandfällen“ nicht von einer erlaubnispflichtigen Besorgung von Rechtsangelegenheiten i.S.d. Art. 1 § 1 RBerG gesprochen werden kann⁵⁶. Eine Erlaubnispflicht bestehe nicht, da der Treuhänder im Rahmen der Bauherrenmodelle nicht schwerpunktmäßig zur Rechtsbesorgung eingeschaltet werde, vielmehr habe er vordergründig den wirtschaftlichen Interessen des Anlegers zu dienen⁵⁷. Dies insbesondere deshalb, weil der Treuhänder den Baufortschritt für den Bauherren zu überwachen habe und verpflichtet sei, die eingegangenen Gelder für die Bauherrengemeinschaft anzuweisen.

⁵² Dies solle z.B. dadurch möglich sein, dass die Rechtsbesorgung der Vollbetreuung angenähert werde, insbesondere durch Ankopplung der Rechtsbesorgung an den Vertrag über die Erbringung von Bauleistungen. Vgl. Derleder, ZfIR 2002, 1 (5).

⁵³ Derleder, ZfIR 2002, 1 (5).

⁵⁴ Kritisch gegenüber der Rechtsprechung insbesondere: Kleine-Cosack, BB 2003, 1737; Sauer/ Wittemann, BKR 2003, 656; hinsichtlich geschlossener Immobilienfonds Wagner/ v. Heymann, WM 2003, 2222; Edelmann, DB 2001, 687.

⁵⁵ Hierzu insbesondere: Kleine-Cosack, BB 2003, 1737; Sauer/ Wittemann, BKR 2003, 656.

⁵⁶ Kleine-Cosack, RBerG, Art. 1 § 1, Rn. 175 ff; Kleine-Cosack, BB 2003, 1737.

⁵⁷ So auch Edelmann, DB 2001, 687.

Auch Sauer und Wittemann gehen von einer wirtschaftlichen Tätigkeit des Treuhänders aus⁵⁸ und stützen sich hierbei maßgeblich auf eine Entscheidung des Bundesfinanzhofs, in der dieser die Treuhändertätigkeit eines Rechtsanwalts im Rahmen eines Bauherrenmodells nicht als typische anwaltliche Tätigkeit ansah⁵⁹. Denn insoweit war die Tätigkeit des Rechtsanwalts hauptsächlich darauf gerichtet, die zur Durchführung des Bauherrenmodells erforderlichen Verträge zu schließen.

3.1.6. Stellungnahme

Die von Kleine-Cosack vorgebrachte Kritik geht an der tatsächlichen Ausgestaltung der Treuhandverträge vorbei. In dem vom IX. Zivilsenat des BGB am 28.9.2000 entschiedenen Fall ging es gerade nicht um ein Bauherrenmodell, sondern um ein Bauträgermodell. Geschuldet war hier gerade nicht die Bauüberwachung durch den Treuhänder⁶⁰. Aber auch im Rahmen eines klassischen Bauherrenmodells ist diese in der üblichen Ausgestaltung der hier zur Rede stehenden Treuhandmodelle nicht geschuldet⁶¹. Sollte sie ausnahmsweise doch geschuldet sein, so stellt sich die Treuhandtätigkeit als Vollbetreuung dar und ist auch nach dem Urteil des IX. Zivilsenats noch erlaubnisfrei⁶².

Auch die von Sauer und Wittemann⁶³ zur Begründung ihrer Auffassung von der rein wirtschaftlichen Tätigkeit des Treuhänders herangezogene Entscheidung des BFH vom 1. Februar 1990⁶⁴ führt nicht zu einem gegenteiligen Ergebnis. Der Bundesfinanzhof hatte hier eine

⁵⁸ Sauer/ Wittemann, BKR 2003, 656.

⁵⁹ BFH, NJW 1990, 2085.

⁶⁰ Jagenburg/ Weber, NJW 2001, 3453 (3454). Vgl. insoweit auch die Ausführungen unter Kap. C. I. 3.1.1.4.

⁶¹ Vgl. insoweit nur den der Entscheidung des IV. ZR des BGH zugrundeliegenden Sachverhalt, BGH, Urt. v. 26.3.2003 – IV ZR 222/02.

⁶² BGH, NJW 2001, 70 (72).

⁶³ Sauer/ Wittemann, BKR 2003, 656 (660); auch Kleine-Cosack, BB 2003, 1737 (1740) zieht die steuerliche Rechtsprechung des BFH zur Begründung seiner Ansicht heran.

⁶⁴ BFH, NJW 1990, 2085.

Abgrenzung von Einkünften aus gewerblicher Tätigkeit und selbstständiger Arbeit im Hinblick auf eine Treuhändertätigkeit eines Rechtsanwalts im Rahmen eines Bauherrenmodells vorzunehmen. Soweit der BFH in seiner Entscheidung davon ausging, dass die Treuhändertätigkeit im wesentlichen davon geprägt war, dass der Treuhänder die zur Verwirklichung des Bauobjekts erforderlichen Verträge abzuschließen habe und somit eine typisch anwaltliche Tätigkeit nicht vorliege, ist dies für die Frage, ob eine erlaubnispflichtige Rechtsbesorgung i.S.v. Art. 1 § 1 RBerG vorliegt, unbeachtlich. Denn nach der ständigen Rechtsprechung, welche ihre Stütze im Wortlaut des Art. 1 § 1 RBerG findet, ist von einem finalen Begriff der Rechtsbesorgung auszugehen und nicht davon, ob eine klassische Anwaltstätigkeit vorliegt⁶⁵. Eine Abkehr von dem finalen Verständnis des Begriffs der Rechtsbesorgung ist aber aufgrund der langen Tradition der finalen Auslegung praktisch schwer durchsetzbar⁶⁶. Wie bereits König überzeugend dargestellt hat, kann auch eine teleologische Reduktion nicht zu einer nennenswerten Einschränkung des Anwendungsbereichs des RBerG führen, soweit eine Orientierung am Verbraucherschutzzweck des Gesetzes erfolgt, denn auch bei Angelegenheiten mit geringerer Rechtsberührung, aber großem wirtschaftlichem Gewicht erscheint der Rechtssuchende schützenswert⁶⁷.

Ebenso ist die Ansicht Derleders, dass die Anwendbarkeit des Rechtsberatungsgesetzes ausgeschlossen sei, wenn die Kapitalanlage nicht fremdfinanziert sei oder wenn der Anleger den Darlehensvertrag selbst abgeschlossen habe, nach m.E. abzulehnen. Denn das RBerG schützt den Rechtssuchenden vor der Rechtsbesorgung und Beratung durch eine hierfür nicht qualifizierte Person, und zwar unabhängig davon, ob der hierdurch Geschützte des Schutzes bedarf. Die gegenteilige Ansicht

⁶⁵ Zu dem Begriff der finalen Rechtsbesorgung vgl. König, Rechtsberatungsgesetz, S. 27 ff., sowie die Ausführungen unter Kap. C. I. 3.1.3.

⁶⁶ König, op. cit., S. 50.

⁶⁷ Eine teleologische Reduktion könne nach Ansicht Königs allenfalls dann den Verbotsbereich auf den Bereich der klassischen Anwaltstätigkeit – der Rechtsberatung und Vertretung bei Rechtsstreitigkeiten sowie der Kautelarjurisprudenz – beschränken, wenn man den Gesetzeszweck allein im Anwaltsschutz begründet sehe. Vgl. König, op.cit., S. 50 f.

lässt sich nicht aus dem Wortlaut entnehmen. Allenfalls über § 242 BGB kann eine Korrektur des Ergebnisses vorgenommen werden und dem Anleger eine Berufung darauf, dass die Rechtsbesorgung eine unbefugte i.S.d. Art. 1 § 1 RBerG war, verwehrt sein.

3.1.7. Zwischenergebnis

Nach dem finalen Verständnis des Begriffs der Rechtsbesorgung stellt die rechtsgeschäftliche Stellvertretung die Besorgung einer fremden Rechtsangelegenheit i.S.d. Art. 1 § 1 RBerG dar.

Das Erfordernis der verfassungskonformen restriktiven Auslegung des Anwendungsbereichs des RBerG gebietet jedoch die Annahme, dass nur solche Vertretergeschäfte als Rechtsbesorgung angesehen werden können, hinsichtlich deren Vornahme der Vertretene eine rechtliche Prüfung durch den Vertreter erwartet oder aufgrund der Komplexität des Geschäfts erwarten kann.

Eine Rechtsbesorgung ist nur dann nicht erlaubnispflichtig, wenn sie sich als Nebentätigkeit im Rahmen einer wirtschaftlichen Haupttätigkeit darstellt (Art. 1 § 5 RBerG).

Die Rechtsprechung des BGH zur Erlaubnisbedürftigkeit der Treuhandtätigkeit im Rahmen der Treuhandmodelle stimmt mit diesen Grundsätzen überein. Die vereinzelt demgegenüber vorgebrachte Kritik ist insbesondere vor dem Hintergrund der tatsächlichen Fallgestaltungen haltlos.

3.2. Nichtvorliegen einer Rechtsprechungsänderung

In seinem Urteil vom 11.6.1976 hatte der I. ZR des BGH entschieden, dass bei Übernahme einer Baubetreuung mit der Verpflichtung, das Bauwerk im Namen und in Vollmacht des Betreuten sowie auf dessen Rechnung zu errichten, die hierzu erforderliche Wahrnehmung fremder Rechtsangelegenheiten nach Art. 1 § 5 RBerG erlaubnisfrei sei⁶⁸.

Soweit der IX. Zivilsenat in seinem Urteil vom 28.9.2000 davon ausgeht, dass die Treuhändertätigkeit im Rahmen eines Bauträgermodells eine erlaubnispflichtige Rechtsbesorgung darstellt, liegt nur scheinbar eine Abweichung dieser Rechtsprechung vor.

Bei dem vom I. ZR entschiedenen Fall handelte es sich um eine Baubetreuung i.e.S., in der Ausgestaltung der Vollbetreuung. Diese ist dadurch gekennzeichnet, dass der Baubetreuer die wirtschaftliche, technische und finanzielle Betreuung des Bauherren übernimmt⁶⁹. Der Baubetreuer schuldet mithin einen Erfolg, nämlich die Abwicklung des gesamten Bauvorhabens⁷⁰. Demgegenüber schuldete der Treuhänder in dem vom IX. ZR entschiedenen Fall nicht die Abwicklung des Bauvorhabens, er war vielmehr nur zur Besorgung einer Dienstleistung verpflichtet. Gerade diese Abspaltung der reinen Rechtsbesorgung von der wirtschaftlichen Baubetreuungsleistung gebietet hier eine unterschiedliche Behandlung⁷¹.

Bereits Locher und König stellten fest, dass die Anbietung einer Vielzahl von Leistungen im Bauherrenmodell eine ausgedehnte und subtil abgestimmte rechtliche Tätigkeit erfordere und damit der Sonderberatung in Bausachen gleichkäme, welche gegen das Rechtsberatungsgesetz verstoße⁷².

⁶⁸ BGH, NJW 1976, 1635.

⁶⁹ Locher, NJW 1967, 326 (327).

⁷⁰ Locher, Baubetreuungsrecht, S. 11; Locher, NJW 1967, 326; Koeble, NJW 1974, 721.

⁷¹ A.A. Edelmann, DB 2001, 687.

⁷² Locher/ König, Bauherrenmodelle in zivil- und steuerrechtlicher Sicht, S. 54. Der IX. ZR des BGH ist in seinem Urteil vom 28.9.2000 der Ansicht, dass die Treuhändertätigkeit mit

3.3. Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz auch bei Vertretung des Treuhänders durch einen Rechtsanwalt

Der BGH stellt in seiner Entscheidung hinsichtlich der Anwendbarkeit des Rechtsberatungsgesetzes entscheidend darauf ab, ob im Einzelfall bei der Vornahme der Rechtsgeschäfte durch den Treuhänder ein möglicher juristischer Beratungsbedarf entstände, der von einem nicht zur Rechtsberatung befugten Treuhänder nicht fachgerecht erbracht werden könne.

Es stellt sich somit die Frage, ob ein Verstoß gegen das RBerG dadurch ausgeschlossen ist, dass für den Treuhänder, der selbst keine Erlaubnis nach dem RBerG besitzt, ein Rechtsanwalt tätig wird. Denn unzweifelhaft kann ein möglicherweise entstehender juristischer Beratungsbedarf durch einen Rechtsanwalt fachgerecht erbracht werden.

3.3.1. Der Ausnahmetatbestand des Art. 1 § 3 Nr. 2 RBerG

Gemäß Art. 1 § 3 Nr. 2 RBerG wird die Berufstätigkeit von Rechtsanwälten nicht durch das RBerG berührt. Dieser Ausnahmetatbestand trägt dem Umstand Rechnung, dass insoweit keine Berührung des Schutzzwecks des RBerG vorliegt, als Rechtsanwälte bereits den Beschränkungen nach der BRAO unterliegen.

der Tätigkeit eines Sonderberaters in Bausachen vergleichbar sei, nicht gefolgt. Eine Sonderberatung in Bausachen ist dadurch gekennzeichnet, dass dieser den Auftraggeber in den mit der Vorbereitung und Durchführung des Bauvorhabens zusammenhängenden Grenzfragen berät. Vgl. BGH, NJW 1976, 1635; BGH, NJW 1978, 323. Der IX. ZR verneinte somit die Erkennbarkeit einer Erlaubnispflicht im Rahmen der Notarhaftung. Für eine Erkennbarkeit und damit für ein Verschulden des Notars in diesem Fall, Reiter/ Methner, VuR 2002, 57 (61). Auch Rennen/ Caliebe nahmen bereits in der 2. Auflage an, dass Art. 1 § 5 RBerG bei einem Baubetreuer und sonstigem Berater in Bausachen keine Anwendung finden könne, wenn sich die rechtliche Betreuung als Hauptzweck darstelle, Rennen/ Caliebe, RBerG, 2. Aufl., Art. 1 § 5, Rn. 16.

3.3.2. Die Ansicht der Rspr. und der h.M. in der Lit. zur Anwendbarkeit von Art. 1 § 3 Nr. 2 RBerG im Rahmen einer Erfüllungsgehilfentätigkeit

Das Erfordernis der behördlichen Erlaubnis entfällt nach der h.M. in Literatur und Rechtsprechung nicht deshalb, weil der Beratende, der über keine Erlaubnis verfügt, sich zur Durchführung der Rechtsbesorgung einer Person bedient, welche die Erlaubnis hat oder keiner Erlaubnis bedarf⁷³. In besonderem Maße habe dies zu gelten, wenn der eingeschaltete Rechtsanwalt – unabhängig von der konkreten Ausformung seiner vertraglichen Beziehungen zum Auftraggeber – nach den tatsächlichen Umständen des Falles nur als Erfüllungsgehilfe des Besorgers anzusehen sei.⁷⁴ Der Ausnahmetatbestand des Art. 1 § 3 Nr. 2 RBerG findet insoweit keine Anwendung.

Nach der Rechtsprechung liegt auch dann ein Verstoß gegen das RBerG des Treuhänders im Rahmen der Treuhandmodelle vor, wenn sich dieser hinsichtlich der Ausführung der Rechtsbesorgung eines Rechtsanwalts bedient⁷⁵. Denn wer eine fremde Rechtsangelegenheit besorgt, müsse hierfür in eigener Person befugt sein⁷⁶.

Nach Ansicht des LG Braunschweig⁷⁷ ergibt sich diese Konsequenz bereits aus dem Wortlaut des Art. 1 § 6 Nr. 2 RBerG. Hiernach steht den Vorschriften des RBerG nicht entgegen, dass Angestellte, die bei

⁷³ Chemnitz/ Johnigk, RBerG, Art. 1 § 1 Rn. 60; Weth in: Henssler/ Prütting, BRAO, Art. 1 § 6, Rn. 10; Senge in: Erbs/ Kohlhaas, R 55, Art. 1 § 6, Rn. 10; BGH, Beschl. v. 26.9.1996 – III ZR 266/95, mit Anm. Chemnitz, EWiR 1997, 11.

⁷⁴ Weth in: Henssler/ Prütting, BRAO, Art. 1 § 1 RBerG, Rn. 20; Rennen/ Caliebe, RBerG, 3. Aufl., Art. 1 § 1, Rn. 37.

⁷⁵ LG Mannheim, Urt. v. 7.5.2003 – 9 O 255/02; LG Mannheim, Urt. v. 14.2.2003 – 8 O 393/02; LG Braunschweig, Urt. v. 6.10.2003 – 2 O 950/03; das OLG Karlsruhe nimmt ein Verstoß gegen Art. 1 § 1 RBerG an, ohne auf das Handeln des Rechtsanwalts für den Treuhänder näher einzugehen, OLG Karlsruhe, NJW 2003, 2690; ebenso BGH Urt. v. 29.10.2003 – IV ZR 122/02, NJW 2004, 841; kritisch hierzu Kleine-Cosack, RBerG, Art. 1 § 1, Rn. 179 f., Kleine-Cosack, NJW 2003, 3009 (3012).

⁷⁶ BGH, NJW 1987, 3003 (3004); für die Parallelproblematik nach dem StBerG BGH, NJW 1987, 1323 (1326).

⁷⁷ LG Braunschweig, Urt. v. 6.10.2003 – 2 O 950/03.

Personen oder Stellen der in den §§ 1, 3 und 5 bezeichneten Art beschäftigt sind, im Rahmen ihres Angestelltenverhältnisses Rechtsangelegenheiten erledigen. Aus dem Wortlaut ergebe sich insoweit, dass der Angestellte Rechtsangelegenheiten Dritter nur in dem selben Umfang erledigen dürfe wie der Dienstherr⁷⁸. Nach Ansicht des LG Braunschweig liefe die vom Gesetzgeber vorgesehene Erlaubniserteilung an juristische Personen leer, „wenn juristische Personen ohne eigene Erlaubnis nach dem RBerG die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten in der Weise organisieren dürften, dass sie selbst Verträge oder ähnliches schließen, die Beratung aber förmlich zugelassenen Vertretern oder Angestellten überlässt“. Das Gericht schließt sich hier der bereits von Taupitz hinsichtlich der Frage der Zulässigkeit einer Rechtsanwalts- GmbH geäußerten Ansicht an. Danach sei aus dem RBerG und der 1. AVO im Wege der systematischen Auslegung zu entnehmen, dass für die Erlaubnispflicht nicht nur auf die eigentliche fachliche Arbeit abzustellen sei, sondern in einem weiteren Sinne auf die Verantwortlichkeit nach außen⁷⁹.

3.3.3. Die Kritik der neueren Literatur

Piepenstock geht vor dem Hintergrund der Behandlung von Rechtsfragen in den Medien davon aus, dass Art. 1 § 3 Nr. 2 RBerG auch dann eingreift, wenn die eigentliche rechtliche Beratung durch einen Rechtsanwalt durchgeführt wurde, auch wenn dieser nur als Erfüllungsgehilfe hinzugezogen wurde⁸⁰. Piepenstock lehnt sich insoweit an die in der Literatur vorgenommene Differenzierung zwischen Berufsorganisationsgesellschaft und Berufsausübungsgesellschaft an⁸¹. Diese Differenzierung wurde vor dem Hintergrund des Streits um die Zulässigkeit einer Rechtsanwalts- GmbH vorgenommen. Die Berufsorganisationsgesellschaft, die lediglich die rechtlichen und tatsächlichen Vorausset-

⁷⁸ VGH Kassel, AnwBl 1969, 409.

⁷⁹ Taupitz, NJW 1995, 369 (370).

⁸⁰ Piepenstock, Rechtsberatung in den Medien, S. 123 f.

⁸¹ Vgl. hierzu Donath, ZHR 156 (1992), 134 (167f).

zungen für die Ausübung der Rechtsbesorgungstätigkeit schafft, ist demnach im Gegensatz zur Berufsausübungsgesellschaft, welche selbst rechtsbesorgend tätig wird, von dem Anwendungsbereich des RBerG ausgenommen. Nach der Ansicht Piepenstocks unterfalle eine juristische Person dann dem Erlaubnistatbestand des RBerG, wenn sie selbst rechtsbesorgend tätig werde, indem sie in Form von Weisungen Einfluss auf die eigentliche fachliche Arbeit nehme.

Grunewald ist der Ansicht, dass ein Rechtsanwalt, der als Erfüllungsgehilfe einer juristischen Person Rechtsrat erteilt, vom Schutzzweck des RBerG her geurteilt nicht gegen dieses verstoße. Denn es mache für den Kunden keinen Unterschied, ob der Rechtsanwalt bei einer Kanzlei oder einer juristischen Person angestellt sei. In beiden Fällen sei dem Schutzzweck des RBerG genüge getan, wenn die Rechtsauskunft von einem Sachkundigen erteilt werde⁸².

3.3.4. Stellungnahme

Es ist hier daran festzuhalten, dass ein Verstoß gegen das RBerG auch dann vorliegt, wenn sich der Geschäftsbesorger, der selbst über keine Erlaubnis verfügt, bei der Rechtsbesorgung eines Rechtsanwalts bedient.

Der Treuhänder muss in eigener Person zur Rechtsbesorgung befugt sein. Für den Rechtsanwalt, der nur als Erfüllungsgehilfe herangezogen wird, besteht in einer solchen Situation die Gefahr in einem seine Unabhängigkeit gefährdenden Widerstreit zwischen den Interessen des Treuhänders und denen des Anlegers zu geraten⁸³. Alleine die Gefahr einer Interessenverletzung des Auftraggebers der Rechtsbesorgung rechtfertigt hier die Annahme, dass der Rechtsbesorger in eigener Person dem Erlaubniszwang unterfällt. Die Abgrenzung nach einer Be-

⁸² Grunewald, ZIP 2000, 2005 (2006), für die Rechtsberatung durch Anwälte bei Telefonhotlines.

⁸³ BGH, NJW 1987, 1323 (1326) – für den Steuerberater.

rufsausübungsgemeinschaft bzw. Berufsorganisationsgemeinschaft, die ersichtlich für die Problematik der Zulassung der Anwalts-GmbH geschaffen wurde, ist zu unbestimmt. Klare, dem Verbraucherschutz dienende Ergebnisse können damit schwer erzielt werden. Nimmt man die Schutzrichtung des RBerG als Verbraucherschutzgesetz ernst, so kann dessen Anwendbarkeit nicht von schwer nachzuvollziehenden Internas des Rechtsbesorgers abhängig gemacht werden. Entscheidend ist nicht, ob der Rechtsbesorger im Einzelfall tatsächlich Einfluss auf die Tätigkeit seines anwaltlichen Erfüllungsgehilfen nehmen konnte, sondern dass hier typischerweise die Gefahr besteht, dass er Einfluss nehmen kann. Die Anwendbarkeit von Art. 1 § 3 Nr. 2 RBerG muss daher ausgeschlossen bleiben.

Eine andere Sichtweise ist auch nicht aufgrund des Beschlusses des BVerfG vom 27.9.2002 geboten⁸⁴. Das BVerfG stellte insoweit fest, dass die berufsmäßige Ermittlung von Tatsachen zur Durchsetzung von Rechtsansprüchen nicht dem Erlaubnisvorbehalt des Rechtsberatungsgesetzes unterfällt, wenn die eigentliche Rechtsbesorgung nach dem Geschäftsbesorgungsvertrag Rechtsanwälten vorbehalten bleibt.

Der der Entscheidung des BVerfG zugrundeliegende Sachverhalt ist nicht mit der Problematik des Treuhandvertrages vergleichbar, soweit der Treuhandvertrag nur eine reine Rechtsbesorgung zum Gegenstand hat. Denn in dem durch das BVerfG entschiedenen Fall war eine wirtschaftliche Tätigkeit Gegenstand des Geschäftsbesorgungsvertrages, nicht jedoch eine reine Rechtsbesorgung, wie dies üblicherweise bei den Treuhandverträgen der Fall ist. Es lässt sich aus der Entscheidung des BVerfG daher nicht ableiten, dass auch der Treuhänder, der sich ausschließlich zur Rechtsbesorgung verpflichtet, dem Erlaubnisvorbehalt des RBerG nicht unterfällt, wenn er sich zur Vertragserfüllung eines Rechtsanwalts bedient.

⁸⁴ BVerfG, NJW 2002, 3531; a.A. Grziwotz, EWiR 2003, 33; Kleine-Cosack, RBerG, Art. 1 § 3, Rn. 11 ff, Kleine-Cosack, NJW 2003, 3009 (3012).

3.4. Die Nichtigkeit des Treuhandvertrages gem. § 134 BGB als Rechtsfolge des Verstoßes gegen das RBerG

Besitzt ein Geschäftsbesorger nicht die erforderliche Erlaubnis nach dem RBerG, so ist der Geschäftsbesorgungsvertrag gemäß § 134 BGB nichtig. Dies ist jedenfalls die ganz herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung⁸⁵ seit der Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1962 zum RBerG⁸⁶. In dieser Entscheidung hatte der BGH einen Geschäftsbesorgungsvertrag, den ein nicht zugelassener Rechtsberater unter Verstoß gegen Art. 1 § 1 RBerG geschlossen hatte, nach § 134 BGB für nichtig erklärt. Der IX. Senat des BGH führt insoweit mit seiner Entscheidung vom 28.9.2000 die bisherige Rechtsprechung des BGH fort.

Nach § 134 BGB ist ein Rechtsgeschäft nichtig, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Die Frage, wann die Nichtigkeitssanktion eingreift, ist das zentrale Problem des § 134 BGB. Hier stellt sich die Frage, ob bestimmte Typen von Gesetzen herausgearbeitet werden können, welche die Nichtigkeitssanktion des § 134 BGB generell fordern oder auch generell ausschließen⁸⁷.

Da sich die herrschende Ansicht von der Nichtigkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages nach § 134 BGB wegen Verstoßes gegen das RBerG m.E. im Ergebnis als richtig erweist, soll die folgende Darstellung nur als kurzer Problemaufriss dienen. Eine ausführliche Darstellung erfolgt – zur Vermeidung von Wiederholungen – im Rahmen der Ausführungen zur Nichtigkeit der Treuhandvollmacht (Kap. C II. 2.2.).

⁸⁵ Hennsler/ Prütting, BRAO, Art. 1 § 1 RBerG, Rn. 71; Rennen/ Caliebe, Art. 1 § 1, Rn. 197, m.w.N.; a.A. Westphal, Zivilrechtliche Vertragsnichtigkeit wegen Verstoßes gegen gewerbliche Verbotsgesetze, S. 144 ff; differenzierend Hönn, Kompensation gestörter Vertragsparität, S. 143 f., der die Nichtigkeitsfolge ablehnt, wenn der Rechtssuchende Kenntnis von der mangelhaften Qualifikation des Rechtsberaters hat.

⁸⁶ BGHZ 37, 258 (262).

⁸⁷ Sack in: Staudinger, § 134, Rn. 66.

Bedenken gegen die Richtigkeit der Entscheidung des Senats könnten sich insbesondere daraus ergeben, dass sich das Verbot der unerlaubten Rechtsbesorgung nur gegen den Rechtsbesorger richtet.

Nach überwiegender Ansicht der Rechtsprechung muss sich das Verbot zwar an beide Parteien richten, wenn Nichtigkeit eintreten soll⁸⁸, hiervon sei jedoch dann eine Ausnahme zu machen, wenn durch das Verbot auch wichtige Gemeinschaftsbelange geschützt würden, wie z.B. die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege und Rechtsberatung⁸⁹.

Einen Versuch zur Systematisierung der Nichtigkeitsfrage nimmt hingegen Canaris vor⁹⁰. Er kommt insoweit zu dem Ergebnis, dass es unerheblich sei, ob sich das Verbotsgesetz gegen eine oder beide Parteien des Rechtsgeschäfts richte. Entscheidend sei vielmehr, aus welchem Grund das Gesetz das Rechtsgeschäft missbillige. Demnach sei Nichtigkeit gem. § 134 BGB anzunehmen, wenn das Rechtsgeschäft aus Gründen verboten ist, die in der Person einer der Vertragsparteien liegen. Dies sei bei einem Verstoß gegen das RBerG der Fall⁹¹.

3.5. Ergebnis

Der Treuhänder im Rahmen eines Treuhandmodells bedarf nach nunmehr ständiger Rechtsprechung der Erlaubnis nach dem RBerG, soweit er sich umfassend zur Vornahme von Rechtsgeschäften für den Anleger beim Erwerb einer Immobilie oder beim Beitritt zu einem geschlossenen Immobilienfonds verpflichtet und hierbei nicht auch die Beratung und Betreuung des Anlegers in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht schuldet.

⁸⁸ RGZ 100, 40; BGHZ 46, 24 (26); 78, 269 (271); 88, 240; 89, 369 (373); BGH, NJW 2000, 1186; a.A. Canaris, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, S. 54.

⁸⁹ BGHZ 37, 258 (262); BGH, NJW 1992, 2558; BGH, NJW 1996, 1954.

⁹⁰ Canaris, op. cit., S. 54.

⁹¹ Canaris, op. cit., S. 45 f.

Der Treuhänder bedarf auch dann einer Erlaubnis nach dem RBerG, wenn er sich zur Ausführung des Treuhandvertrages eines Rechtsanwalts oder einer Person bedient, welche die erforderliche Erlaubnis besitzt oder derer nicht bedarf.

Verfügt der Treuhänder über keine Erlaubnis, so ist der Treuhandvertrag gemäß § 134 BGB wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtig.

Diese Ansicht der Rechtsprechung ist sowohl mit dem Schutzzweck als auch mit der gebotenen restriktiven Auslegung des RBerG vereinbar und begegnet insoweit m.E. keinen durchgreifenden Bedenken.

II. Die Unwirksamkeit der Treuhandvollmacht

1. Die Nichtigkeit der Treuhandvollmacht gem. § 134 BGB oder § 139 BGB? – Die Ansicht des III. und des XI. Zivilsenats des BGH

Der III. Zivilsenat des BGH stellte in seinem Urteil vom 10.11.2001 in einem obiter dictum fest, dass sich die Nichtigkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages zur Abwicklung eines Grundstückserwerbs im Bauträgermodell⁹² auch auf die dem Treuhänder hierzu erteilte Vollmacht erstreckt⁹³.

Zur Begründung führte er insoweit aus, dass das Verbot der unerlaubten Rechtsbesorgung in erster Linie die Rechtsuchenden vor unsachgemäßer Erledigung ihrer rechtlichen Angelegenheiten schützen solle. Mit dieser Zweckrichtung wäre es allerdings unvereinbar, den unbefugten Rechtsberater gleichwohl rechtlich – bei Wirksamkeit der Aus-

⁹² Wie in der Entscheidung des IX. ZR v. 28.9.2000 handelte es sich auch hier um ein Altbauusanierungsmodell in der Ausgestaltung eines Bauträgermodells.

⁹³ BGH, WM 2001, 2260.

führungsvollmacht – in den Stand zu setzen, seine gesetzlich missbilligte Tätigkeit zu Ende zu führen, indem er Rechtsgeschäfte zu Lasten des Geschützten abschließt, und den Rechtssuchenden allein auf Schadensersatzansprüche gegen den Rechtsberater zu verweisen. Nach der Zielsetzung des Rechtsberatungsgesetzes nichtig sei damit zugleich die zur Ausführung des Geschäftsbesorgungsvertrages erteilte umfassende Vollmacht.

Der III. ZR geht aufgrund voranstehender Begründung davon aus, dass hier eine Durchbrechung des Abstraktionsprinzips⁹⁴ gerechtfertigt sei und nimmt daher die Nichtigkeit der Vollmacht aus § 134 BGB an.

Ob sich eine Nichtigkeit der Vollmacht darüber hinaus auch aus § 139 BGB ergeben könne, hat der III. ZR ausdrücklich offen gelassen.

Der XI. ZR des BGH vertrat indessen in seinem Urteil vom 18.9.2001 noch die Ansicht, dass es für die Frage, ob die Nichtigkeit des Treuhandvertrages auch die Treuhandvollmacht erfasse, entscheidend darauf ankomme, dass Treuhandvertrag und Treuhandvollmacht zu einem einheitlichen Geschäft i.S.v. § 139 BGB verbunden seien⁹⁵. Für den Einheitlichkeitswillen der Vertragsparteien spreche insoweit allerdings eine Vermutung, wenn Vollmachtserteilung und Treuhandvertrag in einer Urkunde zusammengefasst seien⁹⁶.

⁹⁴ Dass der Senat eine Durchbrechung des Abstraktionsprinzips vornimmt drückt er zwar so deutlich nicht aus, dies ergibt sich jedoch aus der Begründung der Entscheidung. Der Senat hebt nicht auf eine Verbotswidrigkeit der Vollmacht selbst ab, sondern spricht davon, dass sich die Nichtigkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages „auch auf die dem Treuhänder dazu erteilte Vollmacht erstrecke“, BGH, WM 2001, 2260. Vgl. auch die Ausführungen unter Kap. C. III. 2.2.

⁹⁵ BGH, NJW 2001, 3774 (3775).

⁹⁶ BGH, NJW 2001, 3774 (3775) unter Hinweis auf seine frühere Rechtsprechung, BGH, NJW 1970, 1414.

Bereits in seinem Urteil vom 14.5.2002⁹⁷ neigte der XI. ZR jedoch der vom III. ZR vertretenen Ansicht zu und schloss sich dieser in seinem Urteil vom 18.3.2003 ausdrücklich an⁹⁸.

2. Rechtsprechungsanalyse

2.1. Nichtigkeit der Vollmacht gemäß § 139 BGB⁹⁹

Nach einer teilweise in der Literatur vertretenen Ansicht komme es hinsichtlich der Frage, ob die Rechtsprechung des BGH zur Nichtigkeit des Treuhandvertrages Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Treuhandvollmacht entfalte, darauf an, dass Treuhandvertrag und Vollmacht ein einheitliches Geschäft i.S.d. § 139 BGB darstelle¹⁰⁰. Dieser Ansicht ist auch der IX. Zivilsenat anfänglich gefolgt¹⁰¹.

2.1.1. Der Zweck des § 139 BGB

Nach § 139 BGB ist, wenn ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig ist, das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde.

⁹⁷ BGH, NJW 2002, 2325 (2326), hier nahm er jedoch noch die Nichtigkeit aufgrund § 139 BGB an. Dies mag in der Praxis weit verbreitet sein, ist jedoch dogmatisch nicht richtig. Aufgrund der Subsidiarität des § 139 BGB ist für dessen Prüfung dann kein Raum mehr, wenn die Nichtigkeit der Vollmacht gem. § 134 BGB bejaht wird, vgl. unten 2.3.

⁹⁸ BGH, NJW 2003, 2088 (2089).

⁹⁹ Die Darstellung orientiert sich hier an der zeitlichen Abfolge der Rechtsprechungsentwicklung, nicht an dogmatischen Prüfungsgesichtspunkten.

¹⁰⁰ Ganter, WM 2001, 195; Herrmanns, DNotZ 2001, 6 (8); Sommer, NotBZ 2001, 28 (29); Edelmann, DB 2001, 687.

¹⁰¹ BGH, NJW 2001, 3774 (3775).

Der bis dahin im Gemeinen Recht geltende Grundsatz, dass das Ungültige auf das Gültige keinen Einfluss haben sollte¹⁰² wurde nicht in das BGB übernommen¹⁰³.

Die Vorschrift beruht auf dem Gedanken der Privatautonomie. Sie soll verhindern, dass den Parteien ein inhaltlich anderes als von ihnen gewolltes Rechtsgeschäft aufgedrängt wird¹⁰⁴.

2.1.2. Der Begriff des einheitlichen Rechtsgeschäfts i.S.d. § 139 BGB

§ 139 BGB gilt nur, wenn die Teilnichtigkeit ein einheitliches Rechtsgeschäft betrifft.

Pierer von Esch¹⁰⁵ trennt das zusammengesetzt einheitliche Rechtsgeschäft von dem streng einheitlichen Rechtsgeschäft.

Das zusammengesetzt einheitliche Rechtsgeschäft besteht seinem Inhalt nach aus mehreren Einzelgeschäften, die durch den Parteiwillen zu einer Einheit verbunden sind¹⁰⁶.

Streng einheitlich hingegen sind Rechtsgeschäfte, die einem von der Rechtsordnung vorgegebenen Rechtsgeschäftstyp entsprechen¹⁰⁷. Die Einheitlichkeit des Geschäfts ist hier ohne weiteres zu bejahen, wenn es sich um einzelne Vertragsklauseln und Vertragsbestandteile im Sinne von Nebenbestimmungen handelt, welche für sich keinen selbständig lebensfähigen Vertrag ergeben¹⁰⁸.

¹⁰² Utile per inutile non vitiatur.

¹⁰³ Vgl. Pierer v. Esch, Teilnichtige Rechtsgeschäfte, S.68 f; ebenso Larenz/ Wolf, AT, § 45, Rn. 4.

¹⁰⁴ Palandt/ Heinrichs, § 139, Rn. 1.

¹⁰⁵ Pierer v. Esch, Teilnichtige Rechtsgeschäfte, S. 34 f.

¹⁰⁶ Pierer v. Esch, op. cit., S. 34.

¹⁰⁷ Pierer v. Esch, op. cit., S. 35.

¹⁰⁸ Larenz/ Wolf, AT, § 45, Rn. 6.

Da § 139 BGB Ausfluss der Privatautonomie ist, kommt es nach h.M. in erster Linie auf den Willen der Parteien an, ob sie mehrere rechtsgeschäftliche Regelungen als Teile eines einzigen Rechtsgeschäfts wollen¹⁰⁹.

Nach anderer Ansicht sei neben dem Parteiwillen in erster Linie auf den objektiven Sinnzusammenhang zwischen den einzelnen Abreden abzustellen¹¹⁰, praktische Unterschiede zur herrschenden Meinung ergeben sich allerdings hieraus nicht. Für das Vorliegen eines Einheitlichkeitswillens können Indizien sprechen.

Eine äußeres Indiz für ein einheitliches Rechtsgeschäft ist die Einheit des Zustandekommens¹¹¹. Bei der Zusammenfassung von mehreren Rechtsgeschäften in einer Urkunde spricht ein Anscheinsbeweis dafür, dass ein einheitliches Rechtsgeschäft gewollt ist¹¹².

2.1.3. Die Problematik der Anwendbarkeit des § 139 BGB auf die Vollmacht wegen der Möglichkeit des Verstoßes gegen das Abstraktionsprinzip

Die Zusammenfassung zweier Rechtsgeschäfte kraft Parteiwillens zu einer Einheit kann jedoch dort an ihre Grenzen stoßen, wo übergeordnete Gesichtspunkte einer solchen Zusammenfassung entgegenstehen¹¹³.

Problematisch ist, ob auch eine Verknüpfung von Vollmacht und Grundverhältnis zu einer Einheit in dem Sinn, dass die Nichtigkeit des Grundverhältnisses auch die Nichtigkeit der Vollmacht bewirken kann möglich ist.

¹⁰⁹ Roth in: Staudinger, § 139, Rn. 37.

¹¹⁰ Mayer-Maly in: MüKo, § 139, Rn. 12.

¹¹¹ Roth in: Staudinger, § 139, Rn. 40.

¹¹² Roth in: Staudinger, § 139, Rn. 40.

¹¹³ Pierer v. Esch, Teilnichtige Rechtsgeschäfte, S. 44.

Es ist daher fraglich, ob eine Geschäftseinheit zwischen Geschäftsbesorgungsvertrag und Vollmacht angenommen werden kann, oder ob dies bereits an dem Abstraktionsprinzip scheitert.

2.1.3.1. Der Grundsatz der Abstraktheit von Vollmacht und Ermächtigungsgeschäft

Das Innenverhältnis bezeichnet jeweils den Grund, warum der Vertreter für den Vertretenen handeln soll und darf. Gegenstand der Erteilung der Vertretungsmacht ist demgegenüber, dem Vertreter die Macht zu verleihen, für den Vertretenen nach außen wirksam aufzutreten¹¹⁴.

Der Grundsatz, dass die Vertretungsmacht gegenüber dem Innenverhältnis verselbständigt ist, geht auf Laband zurück. Seiner Ansicht nach sei für den wahren Begriff der Stellvertretung nichts nachteiliger gewesen als die Zusammenfassung der Stellvertretung mit dem Mandat, zu welcher das Römische Recht den Anlass gegeben habe. Laband ging davon aus, dass Auftrag und Vollmacht zwei an sich verschiedene Verhältnisse sind, die sich nur tatsächlich in vielen Fällen decken. Demnach gewähre die Vollmacht die Möglichkeit, durch die eigenen im fremden Namen abgeschlossenen Verträge einen anderen zu berechtigen und zu verpflichten, gleichviel, ob dieser andere den Abschluss des Vertrages anordne, oder ob er dem Ermessen des Bevollmächtigten freien Spielraum gewähre, denn der Auftrag sei für die Stellvertretungsbefugnis irrelevant¹¹⁵.

Die Vollmacht sei damit aufgrund ihrer Abstraktheit nicht von der Gültigkeit des Verhältnisses, das zu ihrer Erteilung den Anlass gab abhängig, sondern könne gültig sein, obwohl dieses aus einem die Vollmacht nicht berührenden Grunde nichtig ist¹¹⁶.

¹¹⁴ Lepien in: Soergel, AT 2, Vor § 164, Rn. 39.

¹¹⁵ Laband, ZHR 10, 183 (204 ff.).

¹¹⁶ Enneccerus - Nipperdey, Allgem. Teil 2, § 184, S. 1136.

Die Vollmacht betreffe demnach das rechtliche Können gegenüber Dritten, während sich aus dem Auftrag das rechtliche Dürfen gegenüber dem Auftraggeber ergebe¹¹⁷.

Grund für die Verselbstständigung der Vollmacht ist der Gedanke, den Rechtsverkehr gegen eine von ihm unerkennbare Unwirksamkeit der Vollmacht zu schützen¹¹⁸. Aber auch den Vertreter wegen fehlender Vertretungsmacht vor einem Schadensersatz- bzw. Erfüllungsanspruch des Dritten gem. § 179 I BGB zu bewahren¹¹⁹.

Einschränkungen bezüglich der Abstraktheit von Grundgeschäft und Vollmacht werden teilweise für die reine Innenvollmacht zugelassen¹²⁰. Die Innenvollmacht wird gegenüber dem Vertreter erklärt, die Außenvollmacht gegenüber dem Geschäftsgegner oder durch öffentliche Bekanntmachung¹²¹.

Nach der Ansicht von Frotz¹²² ist die Innenvollmacht keine in ihrer Wirksamkeit vom Grundgeschäft losgelöste Vollmacht. Eine Loslösung der Vollmacht vom Grundverhältnis ohne Rücksicht auf den Willen des Vollmachtgebers könne nur als Verkehrsschutzeinrichtung gerechtfertigt sein, dieses Schutzes bedürfe es bei der Erteilung einer bloßen Innenvollmacht jedoch mangels verkehrsbezogenen „Kundgabeaktes“ nicht. Etwas anderes ergibt sich nach Meinung von Frotz auch nicht dadurch, dass dem Verkehr vom Vertretenen das Bestehen einer Innenvollmacht mitgeteilt wurde. Hier werde der redliche Geschäftsgegner durch die §§ 171, 172 BGB ausreichend geschützt¹²³.

¹¹⁷ Vgl. statt vieler von Tuhr, Allgem. Teil, Band II/2, § 85 II (S. 385).

¹¹⁸ Frotz, Verkehrsschutz im Vertretungsrecht, S. 263.

¹¹⁹ Beuthien in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, S. 80 (82).

¹²⁰ Frotz, op. cit., S. 329 ff.; Roth in: Staudinger, § 139, Rn. 56.

¹²¹ Palandt/Heinrichs, § 167, Rn. 1.

¹²² Frotz, op. cit., S. 329 ff.

¹²³ Frotz, op. cit., S. 333; a.A. Medicus für die nach außen mitgeteilte Innenvollmacht, Medicus, AT, Rn. 949.

Beuthien geht demgegenüber davon aus, dass die Vollmacht mit dem Grundgeschäft in aller Regel eine Einheit bilde und somit nicht einen solchen Grad an Abstraktheit erreiche, dass sie von dem Grundgeschäft völlig unabhängig sei, wie dies bei dem dinglichen Verfügungsgeschäft gegenüber dem schuldrechtlichen Grundgeschäft der Fall ist¹²⁴. Dies begründet er insbesondere damit, dass sich, hielte man die Vollmacht für abstrakt, nicht deren Erlöschen gem. § 168 S. 1 BGB mit dem gleichzeitigen Erlöschen des Auftrags erklären ließe. Eine kausal verstandene Vollmacht hingegen entfalle als Teil des Auftragsvertrages mit deren Ende¹²⁵. Vollmacht und Auftrag bilden demnach nicht nur ausnahmsweise, sondern in der Regel eine Geschäftseinheit i.S.d. § 139 BGB¹²⁶. Keine Unterscheidung trifft er insoweit zwischen Außen- und Innenvollmacht. Denn die Außenvollmacht müsse nicht schon deshalb abstrakt sein, weil sie gegenüber einem Dritten erklärt werde¹²⁷. Da bereits die §§ 170 ff. BGB den Dritten ausreichend schütze¹²⁸.

Die Rechtsprechung geht demgegenüber davon aus, dass die Mängel des Auftragsvertrages die Wirksamkeit der Vollmacht grundsätzlich unberührt lassen, soweit Auftrag und Vollmacht nicht ausnahmsweise eine Geschäftseinheit bilden¹²⁹.

¹²⁴ Beuthien in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, S. 80 (84 ff.).

¹²⁵ Beuthien in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, S. 80 (95), a.A. Schilken in: Staudinger, Vorbem zu §§ 164 ff, Rn. 34.

¹²⁶ Beuthien in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, S. 80 (94).

¹²⁷ Beuthien in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, S. 80 (94), Fn. 63; a.A. Flume, AT, Bd. II, § 50, 3 (S. 843).

¹²⁸ Beuthien in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, S. 80 (98), insbesondere durch eine entsprechende Anwendung von § 173 BGB für den Fall, dass ein Auftrag nicht wirksam entstanden ist, könnten interessengerechtere abgestufte Ergebnisse herbeigeführt werden.

¹²⁹ BGHZ 110, 363 (369); BGH, NJW 1988, 697 (698); BGH, NJW 1990, 1721 (1723).

2.1.3.2. Exkurs: Die Möglichkeit einer Verbindung von Kausal- und Verfügungsgeschäft zu einem einheitlichen Rechtsgeschäft i.S.v. § 139 BGB

Das Verfügungsgeschäft ist das Paradebeispiel für ein abstraktes Geschäft. Es ist zweckfrei und kann zur Erfüllung von Verpflichtungsgeschäften mit unterschiedlicher causa eingesetzt werden¹³⁰. Der Abstraktionsgrundsatz, der in erster Linie das Trennungsprinzip enthält besagt, dass das kausale Verpflichtungsgeschäft und das abstrakte Geschäft in ihrer rechtlichen Behandlung, insbesondere im Hinblick auf ihre Wirksamkeitsvoraussetzungen zu trennen sind¹³¹.

Am Beispiel der Verfügungsgeschäfte wird besonders deutlich, welchen Einfluss der Abstraktionsgrundsatz auf die Möglichkeit der Annahme eines einheitlichen Rechtsgeschäfts i.S.v. § 139 BGB hat. Da der Streit, ob das Abstraktionsprinzip die Anwendbarkeit von § 139 BGB ausschliesse, hauptsächlich vor dem Hintergrund geführt wurde, ob Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte durch einen einheitlichen Willen der Parteien zu einer Einheit verbunden werden können, soll hier ein kurzer Überblick über den Meinungsstand gegeben werden¹³².

Der Bundesgerichtshof hält die Zusammenfassung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft grundsätzlich, wenn auch nur ausnahmsweise, für möglich¹³³. Der BGH ist insoweit der Auffassung, dass das Abstraktionsprinzip nicht derart formal sei, dass es nicht im Einzelfall von den Parteien durch Verbindung beider Geschäfte zu einer Einheit i.S.d. § 139 BGB durchbrochen werden könne¹³⁴. Hiervon ging bereits das Reichsgericht aus¹³⁵.

¹³⁰ Larenz/ Wolf, AT, § 23, Rn. 72.

¹³¹ Larenz/ Wolf, AT, § 23, Rn. 79.

¹³² Vgl. zum Meinungsstand in Lit. und Rspr. die ausführliche Darstellung von Eisenhardt, JZ 1991, 271.

¹³³ BGH, NJW 1991, 917; BGH, NJW-RR 1989, 519; BGH, NJW 1967, 1130; BGH, NJW 1952, 60.

¹³⁴ BGH, NJW 1967, 1130.

¹³⁵ RGZ 57, 95 (96).

Das Bundesarbeitsgericht geht demgegenüber von einer Anwendbarkeit des § 139 BGB in aller Regel aus¹³⁶.

Die höchstrichterliche Rechtsprechung räumt dem Abstraktionsprinzip somit keinen Vorrang vor der Privatautonomie ein und vertritt durchgehend die Ansicht, dass Grund- und Erfüllungsgeschäft zu einer Einheit zusammengefasst werden können¹³⁷.

Nach einer teilweisen, in der Literatur vertretenen Ansicht schließt das Abstraktionsprinzip die Annahme einer Geschäftseinheit nach § 139 BGB zwischen Grund- und Erfüllungsgeschäft aus¹³⁸. Begründet wird dies u.a. damit, dass anderenfalls die Totalnichtigkeit zum Regelfall erhoben und damit das Abstraktionsprinzip praktisch beseitigt würde, da dingliches und schuldrechtliches Geschäft kraft Parteiwillens so gut wie immer zu einer Einheit verbunden seien¹³⁹. Der Gesetzgeber des BGB habe sich aber im Interesse des Verkehrsschutzes für die Trennung des Erfüllungsgeschäfts vom Grundgeschäft und für den grundsätzlich abstrakten Charakter des dinglichen Geschäfts entschieden, so dass es nicht angehe diese Entscheidung mit Hilfe des § 139 BGB aus den Angeln zu heben¹⁴⁰.

Teilweise wird jedoch auch die Ansicht vertreten, dass bei einem entsprechenden Parteiwillen ein Bedingungszusammenhang zwischen kausalem und abstraktem Geschäft anerkannt werden könne. Die Parteien könnten die Gültigkeit des Kausalgeschäfts, soweit sie Zweifel an ihr haben, gemäß § 159 BGB zur Bedingung der Wirksamkeit des

¹³⁶ BAG, NJW 1967, 751.

¹³⁷ Eisenhardt, JZ 1991, 271 (276).

¹³⁸ Roth in: Staudinger, § 139, Rn. 54; Medicus, AT, § 20, Rn. 241; Larenz/ Wolf, AT, § 45, Rn. 9 ff.; Flume, AT II, § 12 III 4; Hübner, AT, Rn. 375; Pierer v. Esch, Teilnichtige Rechtsgeschäfte, S. 48 ff.

¹³⁹ Pierer v. Esch, op. cit., S. 49.

¹⁴⁰ Larenz/ Wolf, AT, § 45, Rn. 10, m.w.N.

Erfüllungsgeschäfts machen, soweit dieses seiner Art nach nicht bedingungsfeindlich ist¹⁴¹.

Nach anderer Ansicht schließe das Abstraktionsprinzip hingegen nicht die Anwendung des § 139 BGB aus. Denn der gesetzlichen Regelung lasse sich ein Vorrang des Abstraktionsprinzips im Verhältnis zum Parteiwillen nicht entnehmen¹⁴². Insbesondere H.P. Westermann¹⁴³ ist der Meinung, dass bei Geltung des Abstraktionsprinzips der Veräußerer ohne inneren Grund benachteiligt werde. Wenn es dem Willen der Parteien überlassen bleibe, die Abstraktion im Wege der Bedingung dem Ergebnis nach zu beseitigen, so müsse es ihnen auch freistehen, dasselbe auf dem Wege der Zusammenfassung der Geschäfte zu tun.

Nach den Feststellungen Eisenhardts halten sich Gegner und Befürworter der Überwindung des Abstraktionsprinzips kraft Parteiwillens in etwa die Waage¹⁴⁴.

2.1.3.3. Die Möglichkeit einer Verbindung von Vollmacht und Grundgeschäft zu einem einheitlichen Rechtsgeschäft i.S.v. § 139 BGB

Die Frage, ob man die Möglichkeit einer Verbindung von Vollmacht und Grundgeschäft zu einem einheitlichen Rechtsgeschäft i.S.v. § 139 BGB anerkennt, hängt somit zunächst davon ab, ob man die Vollmacht als abstraktes Rechtsgeschäft ansieht. Denn die Abstraktheit der Vollmacht äußert sich darin, dass sie in ihrer Wirksamkeit von dem Innenverhältnis unabhängig ist¹⁴⁵. Die Unwirksamkeit oder Nichtigkeit des

¹⁴¹ Larenz / Wolf, AT, § 45, Rn. 11; Hübner, AT, Rn. 374; Palandt/ Heinrichs, § 139, Rn. 7; a.A. Pierer v. Esch, Teilnichtige Rechtsgeschäfte, S. 49. Bedingungsfeindlich ist z.B. die Auflassung nach § 925 Abs. 2 BGB.

¹⁴² Eisenhardt, JZ 1991, 271, m.w.N.

¹⁴³ Westermann, Sachenrecht, S. 35 f.

¹⁴⁴ Eisenhardt, JZ 1991, 271 (277).

¹⁴⁵ Hübner, AT, Rn 1238.

der Vertretung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses lässt demnach die Gültigkeit der Vollmacht grundsätzlich unberührt¹⁴⁶.

Geht man von einer Abstraktheit der Vollmacht aus, so stellt sich weiterhin die Frage, ob man eine Überwindung des Abstraktionsprinzips kraft Parteiwillens für möglich hält.

Nach der Ansicht von Beuthien, der sich gegen die völlige Abstraktheit von Vollmacht und Grundverhältnis ausspricht, ist in der Regel von einer Einheitlichkeit von Grundgeschäft und Vollmacht i.S.d. § 139 BGB auszugehen¹⁴⁷.

Die nur noch selten vertretene Ansicht von der strengen Abstraktheit von Grundgeschäft und Vollmacht schließt demgegenüber eine Geschäftseinheit nach § 139 BGB zwischen Vollmacht und Grundgeschäft aus¹⁴⁸.

Frotz und Flume sind der Ansicht, dass nur die Außenvollmacht abstrakt ist und aus diesem Grund die Anwendbarkeit von § 139 BGB ausgeschlossen sei¹⁴⁹. Bei der Innenvollmacht hingegen sei eine Geschäftseinheit i.S.v. § 139 BGB nicht ausgeschlossen¹⁵⁰. Hiervon geht auch Medicus aus, wobei dieser jedoch die nach außen mitgeteilte Innenvollmacht der Außenvollmacht gleichstellt¹⁵¹.

Larenz, der zwar einerseits die Abstraktheit der Vollmacht annimmt, sieht jedoch insoweit eine Verbindung zwischen Vollmacht und Innen-

¹⁴⁶ OLG Hamm, NJW 1992, 1174 (1175).

¹⁴⁷ Beuthien in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, S. 80 (94).

¹⁴⁸ Hefermehl in: Soergel, § 139, Rn. 20, Schramm in: MüKo, 4. Aufl., § 164, Rn. 97; sowie insbesondere aus der älteren Kommentarlit. Dilcher in: Staudinger, 12. Aufl., § 139, Rn. 21; Schilken in: Staudinger, 13. Aufl., Vorbem. zu §§ 164 ff., Rn. 33; a.A. Schilken in Staudinger: 14. Aufl., Vorbem. zu §§ 164 ff., Rn. 34, - Anwendbarkeit von § 139 BGB in besonderen Fällen.

¹⁴⁹ Fortz, Verkehrsschutz im Vertretungsrecht, S. 333 ff; Flume, AT, Bd. II, § 32, 2, S. 572. In diesem Sinne auch Roth in: Staudinger, § 139, Rn. 56.

¹⁵⁰ Frotz, Teilnichtige Rechtsgeschäfte, S. 329 ff; Flume, AT, Bd. II, § 32, 2, S. 572.

¹⁵¹ Medicus, AT, § 57, Rn. 949.

verhältnis, als dieses den Zweck, dem die Vollmacht dienen soll, bestimmt. Daher geht auch Larenz davon aus, dass Vollmacht und vertragliches Innenverhältnis zu einem einheitlichen Geschäft gemäß § 139 BGB verbunden werden können¹⁵², obwohl er an anderer Stelle grundsätzlich der Meinung ist, dass abstraktes und kausales Geschäft nicht zu einer Einheit verbunden werden können¹⁵³.

Auch der Bundesgerichtshof, der an der Abstraktheit der Vollmacht festhält, erachtet dennoch eine Einheitlichkeit grundsätzlich für möglich¹⁵⁴.

2.1.3.4. Stellungnahme

Würde man annehmen, dass die Vollmacht in ihrem Bestand gänzlich von dem Bestand des Grundgeschäfts abhängig wäre, so wäre für eine Anwendbarkeit von § 139 BGB kein Raum. Soweit das Grundgeschäft erlischt, erlischt in diesem Fall auch die Vollmacht nach § 168 S. 1 BGB. Dies muss auch dann gelten, wenn das Grundgeschäft nicht wirksam zustande gekommen ist. Hielte man die Vollmacht in ihrem Bestand von dem Bestand des Grundgeschäfts abhängig, so würde aus § 168 S. 1 BGB in direkter oder analoger Anwendung die Nichtigkeit der Vollmacht folgen. So weit möchte jedoch nicht einmal Beuthien gehen. Es ist also weiterhin davon auszugehen, dass die Vollmacht im Grundsatz von dem ihr zugrundeliegenden Rechtsgeschäft abstrakt ist.

In Anlehnung an die zur Verbindung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft geführten Diskussion ist nach meiner Ansicht das Abstraktionsprinzip nicht höher zu bewerten als die Privatautonomie. Vielmehr stehen beide Prinzipien gleichberechtigt nebeneinander. Der Verkehrsschutz, dem das Abstraktionsprinzip dient, kann jedoch ge-

¹⁵² Larenz/ Wolf, AT, § 47, Rn. 6 f.

¹⁵³ Larenz/ Wolf, op. cit., § 23, Rn. 81. So auch Pawlowski, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 614, der davon ausgeht, dass die Probleme des Vertrauensschutzes durch die §§ 172, 173 BGB gelöst werden.

¹⁵⁴ So auch Palandt/ Heinrichs, § 167, Rn. 4, unter Hinweis auf die Rechtsprechung.

bieten, dass die Privatautonomie dahinter zurücktritt. Dies muss jedenfalls dann gelten, wenn anderenfalls – mangels ausreichender Schutzvorschriften für den Rechtsverkehr – Dritte unbillig belastet würden.

Zu beachten ist auch, dass die Vollmacht ihre Zweckrichtung und inhaltliche Ausgestaltung aus dem ihr zugrundeliegenden Rechtsgeschäft erhält. Es ist daher in Anlehnung an die Ansicht von Beuthien davon auszugehen, dass die Vollmacht und das ihr zugrunde liegende Rechtsgeschäft in der Regel und nicht nur ausnahmsweise ein einheitliches Rechtsgeschäft i.S.d. § 139 BGB darstellen. Dies führt auch nicht zu unbilligen Ergebnissen, denn insoweit ist dem Verkehrsschutz durch die §§ 170 ff. BGB in ausreichender Weise genüge getan.

2.1.4. Der Einheitlichkeitswille der Parteien

Soweit Geschäftsbesorgungsvertrag und Vollmacht in einer Urkunde zusammengefasst sind, spricht nach der Rechtsprechung der Beweis des ersten Anscheins für einen entsprechenden Willen der Parteien, das Rechtsgeschäft als einheitliches gelten zu lassen¹⁵⁵.

Darüber hinaus ist aber, mit Beuthien, von einem Einheitlichkeitswillen der Parteien aufgrund der besonderen Verbundenheit von Vollmacht und Grundgeschäft in der Regel auszugehen. Denn insoweit bilden Vollmacht und Geschäftsbesorgungsvertrag regelmäßig eine schwer zu trennende Geschäftseinheit¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Vgl. insoweit die Ausführungen unter Kap. C. II. 2.1.2.

¹⁵⁶ Beuthien in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, S. 80 (86).

2.1.5. Ergebnis

Die Rechtsprechung des BGH zur Nichtigkeit der Vollmacht gemäß § 139 BGB begegnet keinen durchgreifenden Bedenken.

Festzuhalten bleibt, dass die Nichtigkeit des Treuhandvertrages aufgrund eines Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz auch die Nichtigkeit der Treuhandvollmacht zur Folge hat. Ein einheitliches Rechtsgeschäft zwischen Treuhandvertrag und Treuhandvollmacht ist, entgegen der Ansicht des BGH, nicht nur ausnahmsweise, sondern in der Regel aufgrund der besonderen Verbindung von Vollmacht und Grundgeschäft anzunehmen.

2.2. Die Nichtigkeit der Vollmacht gem. § 134 BGB

Der III. Zivilsenat des BGH stellte in seinem Urteil vom 11. Oktober 2001 fest, dass sich die Nichtigkeit der Vollmacht direkt aus § 134 BGB ergebe¹⁵⁷. Dieser Ansicht sind große Teile der Literatur¹⁵⁸, sowie der II. Zivilsenat¹⁵⁹, der IV. Zivilsenat¹⁶⁰ und später auch der XI. Zivilsenat¹⁶¹ des BGH gefolgt.

¹⁵⁷ BGH, WM 2001, 2260.

¹⁵⁸ Nittel, NJW 2002, 2599 (2601); Gutmann, ZBB 2003, 424 (427); Wolf, LMK 2004, 138; Balzer, WuB VIII D., Art. 1 § 1 RBerG, 5.02; v. Look, WuB VIII D., Art. 1 § 1 RBerG, 3.04; Schönfelder, WuB V III D., Art. 1 § 1 RBerG, 6.03; Meurer/ Neunaber, NZM 2002, 807 (809); Reiter/ Methner, VuR 2002, 57; dies. bereits zuvor, VuR 2001, 193 (196); a.A. Mühlbert/ Hoger, WM 2004, 2281; Hellgardt/ Majer, WM 2004, 2380; Peters/ Bräuninger, WM 2004, 2294.

¹⁵⁹ BGH, NJW 2003, 1252.

¹⁶⁰ BGH, NJW 2003, 1594 für die Prozessvollmacht.

¹⁶¹ BGH, NJW 2003, 2088; bereits in BGH, NJW 2002, 2325 (2326) neigte er der Auffassung des III. ZR zu.

2.2.1. Die Ansicht der Rspr. und Teile der Lit.: Der Schutzzweck des RBERG bedinge die Durchbrechung des Abstraktionsprinzips

Nach Ansicht des III. Zivilsenats des BGH erstrecke sich die Nichtigkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages gem. § 134 BGB wegen Verstoßes gegen das RBERG auch auf die zur Ausführung dieses Vertrages erteilte Vollmacht. Dies ergebe sich aus dem Schutzzweck des RBERG. Denn das Verbot der unerlaubten Rechtsbesorgung solle in erster Linie den Rechtssuchenden vor unsachgemäßer Erledigung seiner rechtlichen Angelegenheiten schützen¹⁶². Der Senat bezieht sich insoweit ausdrücklich auf die Entscheidung des VII. ZR des BGH aus dem Jahre 1962. Darin hatte dieser ausgeführt, dass das RBERG den Rechtssuchenden vor einer unsachgemäßen Beratung und Vertretung schützen wolle. Dies könne jedoch nur dann erreicht werden, wenn insoweit sein Erfüllungsanspruch auf Vornahme der unerlaubten Rechtsbesorgung vernichtet würde¹⁶³. Der BGH hatte sich in dieser Entscheidung aus dem Jahre 1962 nur für eine Nichtigkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages ausgesprochen, nicht hingegen dahingehend, dass auch die Vollmacht nichtig sein solle.

Erst der III. ZR sprach sich auch für eine Nichtigkeit der Vollmacht aus. Bei seiner Entscheidung orientierte sich der Senat ausschließlich an dem Verbraucherschutzzweck des RBERG. Mit dieser Zweckrichtung sei es nach Ansicht des Senats nicht zu vereinbaren, wenn der unbefugte Rechtsberater in den Stand versetzt würde, seine gesetzlich missbilligte Tätigkeit zu Ende zu führen, indem er Rechtsgeschäfte zu Lasten des Geschützten abschließt, und den Rechtssuchenden allein auf Schadensersatzansprüche gegen den Rechtsberater zu verweisen¹⁶⁴.

Der IV. Zivilsenat des BGH teilte in seinem Urteil vom 26.03.2003 die Ansicht des III. Zivilsenats und stellte darüber hinaus fest, dass auch die einem unbefugten Rechtsbesorger erteilte Prozessvollmacht gem. §

¹⁶² BGH, WM 2001, 2260 (2262).

¹⁶³ BGHZ 37, 258 (262).

¹⁶⁴ BGH, WM 2001, 2260 (2262).

134 BGB nichtig sei¹⁶⁵. Denn nach Sinn und Zweck des RBerG müsse jede Rechtshandlung verhindert werden, die seitens des unerlaubt rechtsberatenden Geschäftsbesorgers für seinen Auftraggeber vorgenommen wird. In dem der Entscheidung des Senats zugrundeliegenden Sachverhalt ging es insoweit um die Wirksamkeit einer vom Treuhänder abgegebenen Unterwerfungserklärung unter die Zwangsvollstreckung nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO¹⁶⁶. Nach Ansicht des Senats sei es nicht hinnehmbar, dass der Treuhänder zwar kein wirksames Schuldversprechen (§ 780 BGB) abgeben¹⁶⁷, jedoch einen ungleich gefährlicheren Vollstreckungstitel schaffen könne. Daher würden gerade die besonderen rechtlichen Folgen, die mit der Vollstreckungsunterwerfung nach § 794 I Nr. 5 ZPO verbunden seien, eine Anwendung des § 134 BGB erfordern.

Festzuhalten bleibt, dass alle Senate des BGH einheitlich davon ausgehen, dass das RBerG den Rechtssuchenden vor einer unsachgemäßen Rechtsbesorgung durch einen hierzu nicht Befugten schützen soll. Eben dieser Schutzzweck bedinge nicht nur die Nichtigkeit des Treuhandvertrages, sondern auch die Nichtigkeit der Treuhandvollmacht. Dieser Ansicht hat sich auch der überwiegende Teil der Literatur angeschlossen¹⁶⁸.

¹⁶⁵ BGH, NJW 2003, 1594.

¹⁶⁶ Nach h.M. ist die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung eine Prozesshandlung BGH, NJW 1985, 2423; BGH, NJW 2003, 1594 (1595); Thomas/ Putzo, § 794, Rn. 52.

¹⁶⁷ Nicht nur aus dieser Formulierung geht deutlich hervor, dass der IV. ZR von einer Unwirksamkeit der von dem vollmachtlosen Treuhänder geschlossenen Verträge ausgeht. In der weiteren Begründung stellt er insoweit eindeutig klar: „... dass der Vertretungsmangel nicht nur das abstrakte Schuldversprechen gem. § 780 BGB und die mit der Bekl. abgeschlossenen Darlehensverträge... betrifft“. Ob er sich hierdurch in direkten Widerspruch zur Rechtsprechung des XI. ZR setzen möchte, der die Wirksamkeit der Verträge nach Rechtsscheingrundsätzen bejaht, oder nur die Auswirkungen dieser Rechtsprechung erkennt, bleibt allerdings unklar. Vgl. insoweit zur Divergenz der Zivilsenate Joswig, ZfIR 2003, 533 (538); Fritz, ZfIR 2003, 803; sowie die Ausführungen unter Kap. C. III. 2.1.2.

¹⁶⁸ Vgl. Fn. 155.

2.2.2. Fehleridentität oder Durchbrechung des Abstraktionsprinzips? – Eine Gegenüberstellung

Zu einer Nichtigkeit der Vollmacht gem. § 134 BGB könnte man auch dann gelangen wenn man davon ausgeht, dass die Erteilung der Vollmacht selbst gegen die Verbotsnorm des RBerG verstoße. Dies wurde bereits vor der Entscheidung des III. Zivilsenats des BGH¹⁶⁹ in der Literatur teilweise erkannt, jedoch im Ergebnis nahezu einhellig abgelehnt¹⁷⁰. Auch der BGH hat diesen Weg nicht eingeschlagen. Dies geht deutlich aus seiner Entscheidungsbegründung hervor. Denn er spricht insoweit nicht davon, dass die Vollmacht selbst gegen das RBerG verstößt, sondern davon, dass sich die Nichtigkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages auf die Vollmacht erstreckt. Damit hat er sich für eine Durchbrechung des Abstraktionsprinzips¹⁷¹ entschieden¹⁷².

Reiter und Methner möchten dennoch die Verbotswidrigkeit der Vollmacht annehmen und gehen insoweit von Fehleridentität zwischen Geschäftsbesorgungsvertrag und Vollmacht aus¹⁷³.

Aus der Verbotsrichtung des RBerG ergibt sich jedoch, dass in der Vollmachtserteilung selbst kein Verstoß gegen das RBerG liegt¹⁷⁴.

¹⁶⁹ BGH, WM 2001, 2260.

¹⁷⁰ Hermanns, DNotZ 2001, 6 ff.; Ganter, WM 2001, 195.; a.A. Reiter/ Methner, VuR 2002, 57 (59).

¹⁷¹ Eine Durchbrechung des Abstraktionsprinzips wäre zumindest hinsichtlich der Innenvollmacht nicht nötig, wenn man diese – wie teilweise vertreten wird – nicht für abstrakt hielte. Denn insoweit wäre diese mit dem Schicksal des ihr zugrunde liegenden Auftrags verbunden. Dass der BGH von der Abstraktheit auch der Innenvollmacht ausgeht zeigt sich daran, dass er eben gerade aus dem Schutzzweck des RBerG auch die Erstreckung der Nichtigkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages auf die Vollmacht fordert. Fehlt es an der Abstraktheit, so ist diese Feststellung überflüssig.

¹⁷² Die frühere Rechtsprechung sah sich gerade infolge der hierfür notwendigen Durchbrechung des Abstraktionsprinzips daran gehindert, eine Prozessvollmacht für nichtig zu halten, auch wenn der Geschäftsbesorgungsvertrag gegen das RBerG verstieß. Vgl. KG OLGZ 1966, 112 (115); OLG Köln, MDR 1974, 310. Zustimmung fand dies auch in der Literatur, vgl. Jansen, DNotZ 1964, 707 (712).

¹⁷³ Reiter/ Methner, VuR 2002, 57 (59), ablehnend Nittel, NJW 2002, 2599 (2601 Fn. 27).

¹⁷⁴ Hermanns, DNotZ 2001, 6 ff.; Ganter, WM 2001, 195.

Das Verbot der unerlaubten Rechtsbesorgung richtet sich seinem Wortlaut nach nur an den Rechtsbesorger, nicht hingegen an den Rechtssuchenden. Gemäß Art. 1 § 1 Abs. 1 S. 1 RBerG darf die geschäftsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten nur von Personen betrieben werden, die hierfür die erforderliche Erlaubnis besitzen. Nach Art. 1 § 8 Abs. 1 Nr. 1 RBerG handelt ordnungswidrig, wer fremde Rechtsangelegenheiten geschäftsmäßig besorgt, ohne die hierfür erforderliche Erlaubnis zu besitzen. Nur der Rechtsbesorger kann bei einer unerlaubten Rechtsbesorgung ordnungswidrig handeln, nicht hingegen derjenige, der die unerlaubte Rechtsbesorgung in Anspruch nimmt – dieser ist notwendiger Teilnehmer der unerlaubten Rechtsberatung¹⁷⁵.

Durch die Erteilung der Vollmacht wird der Rechtsbesorger nach außen hin ermächtigt, die unbefugte Rechtsbesorgung vorzunehmen. Die Vollmachtserteilung ist nach h.M. ein einseitig gestaltendes Rechtsgeschäft¹⁷⁶. Denn die Entstehung der Vollmacht hängt demnach nicht von der Zustimmung des Bevollmächtigten ab, die Erklärung des Vollmachtgebers ist vielmehr ausreichend¹⁷⁷. Da sich das Verbot der unbefugten Rechtsbesorgung nur an den Rechtsbesorger richtet, liegt in der Vollmachtserteilung selbst kein Verstoß gegen das RBerG. Besonders deutlich wird dies bei einem Vergleich hinsichtlich der Verbotswidrigkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages. Hier ist der Rechtsbesorger an dessen Zustandekommen entweder dadurch beteiligt, dass er das Angebot abgibt, oder die Annahme erklärt. Der Rechtsbesorger verpflichtet sich zu der Vornahme einer Handlung, die ihm durch Gesetz verboten ist. Er verpflichtet sich zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit

¹⁷⁵ Erbs/ Kohlhaas, RBerG, R 55, § 8, Rn. 18.

¹⁷⁶ Larenz/ Wolf, AT, § 47, S. 873; a.A. Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, S. 245 ff., der nicht davon ausgeht, dass die Bevollmächtigung generell ein einseitiges Rechtsgeschäft ist. Vielmehr möchte dieser die Bevollmächtigung mit dem Vertretergeschäft als einheitliches Geschäft zusammenfassen und damit die Qualifikation des aus Bevollmächtigung und Vertretergeschäft bestehenden Rechtsgeschäfts als einseitiges oder mehrseitiges Rechtsgeschäft von der Einordnung des Vertretergeschäfts abhängig machen.

¹⁷⁷ Larenz und Flume billigen dem Bevollmächtigten ein Zurückweisungsrecht hinsichtlich der Vollmacht zu. Vgl. Larenz/ Wolf, AT, § 47, S. 873, Flume, AT II, § 51 3, S. 846; a.A. Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, S. 46.

gesetzwidrigem Inhalt¹⁷⁸. Die Verbotswidrigkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages ergibt sich somit daraus, dass eine Vertragspartei – nämlich der Rechtsbesorger – eine Willenserklärung abgibt, welche sich gegen ein Verbotsgesetz richtet¹⁷⁹. Dies ist aber bei der Vollmachtserteilung gerade nicht der Fall.

Auch der Schutzbereich des RBerG vermag hier eine andere Auffassung nicht zu begründen. Denn auch dieser verändert die Verbotsrichtung des RBerG nicht. Das RBerG verbietet die Vollmachtserteilung nicht, mag ihre Nichtigkeit auch noch so erwünscht sein, um dem Schutzzweck des RBerG volle Gültigkeit verleihen zu können.

Damit liegt auch keine Fehleridentität vor. Diese würde nämlich voraussetzen, dass auch die Vollmachtserteilung zugleich und unmittelbar gegen das RBerG verstößt.

Geht man richtigerweise davon aus, dass die Vollmachtserteilung selbst nicht gegen das RBerG verstößt, so kann man deren Nichtigkeit nach § 134 BGB nur dann annehmen, wenn man eine Durchbrechung des Abstraktionsprinzip für zulässig und auch für geboten hält.

¹⁷⁸ A.A. Canaris, der hier keinen Fall inhaltlicher Missbilligung annehmen möchte. Dies begründet er damit, dass die Rechtsberatung als solche ja nicht verboten sei, und auch sonst werde der Vertrag zwischen dem Berater und dem Rechtssuchenden nicht gerade deshalb gesetzlich missbilligt, weil sein Inhalt irgendwie anstößig oder unerwünscht wäre. Vgl. Canaris, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, S. 13. M.E. würdigt Canaris hier nicht die Tatsache, dass sich die Verpflichtung auf eine unbefugte Rechtsbesorgung richtet und daher eine Verpflichtung zu einer gesetzlich missbilligten Handlung vorliegt. Zwar ist eine Rechtsberatung an sich nicht gesetzlich verboten, dies gilt jedoch nur dann, wenn sie durch eine hierfür befugte Person durchgeführt wird. Eine Person, die einer Erlaubnis nach dem RBerG bedarf, diese jedoch nicht besitzt, kann sich nur zu einer unbefugten Rechtsbesorgung verpflichten. So wohl auch Amm, Rechtsgeschäft, Gesetzesverstoss Und § 134 BGB, S. 195.

¹⁷⁹ Daraus, dass der Geschäftsbesorgungsvertrag an sich verbotswidrig ist, ergibt sich nicht auch dessen Nichtigkeit nach § 134 BGB, dies ist vielmehr eine Frage des Normzweckvorbehalts des § 134 BGB.

2.2.3. Die Zulässigkeit der Durchbrechung des Abstraktionsprinzips

Geht man richtigerweise davon aus, dass die Vollmachtserteilung selbst nicht gegen das RBerG verstößt, so kann man deren Nichtigkeit nach § 134 BGB nur dann annehmen, wenn die Nichtigkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages zugleich auch die Nichtigkeit der Vollmachtserteilung nach sich zieht. Hierin liegt jedoch eine Durchbrechung des Grundsatzes, dass sich Fehler des Grundverhältnisses nicht auf die Wirksamkeit der Vollmacht auswirken¹⁸⁰.

Ob man die Durchbrechung des Abstraktionsprinzips für zulässig erachtet hängt davon ab, ob man diesem Grundsatz uneinschränkbare Gültigkeit einräumt. Dies wird man indes nicht können. Denn bereits die Feststellung, dass es sich hierbei bloß um einen Grundsatz handelt, impliziert die Möglichkeit seiner Durchbrechung.

Die Frage ist also nicht, ob die Durchbrechung des Abstraktionsprinzips möglich ist, sondern vielmehr aus welchen Gründen. Aus dem Erfordernis der „Ordnung“ und mithin aus der Rechtsidee selbst ergibt sich, dass einmal getroffene Wertungen nur aus sachlichem Anlass durchbrochen werden können¹⁸¹.

Der BGH nimmt immer dann eine Durchbrechung des Abstraktionsprinzips an, wenn dies nach seiner Ansicht der Zweck des Verbotsgesetzes erfordert. So auch bei der unter Verstoß gegen Art. 1 § 1 RBerG vorgenommenen Zession. Der BGH hatte hier angenommen, dass sich die Nichtigkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages auch auf die Abtretung selbst erstreckt. Denn diese sei das rechtstechnische Mittel, das den Unternehmer instand setzen solle, den unbefugten Forderungszug durchzuführen¹⁸².

¹⁸⁰ Dass an dem Grundsatz der Abstraktheit von Vollmacht und Grundgeschäft festzuhalten ist, wurde bereits in Kap. C. II. 2.1.3.4. dargestellt.

¹⁸¹ Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, S. 16.

¹⁸² BGHZ 47, 364 (369), BGHZ 61, 317 (324).

Eine Durchbrechung des Abstraktionsprinzips ist jedenfalls dann zu fordern, wenn anderenfalls ein gesetzliches Verbot, das den wirtschaftlichen Erfolg eines Rechtsgeschäfts missbilligt, umgangen würde.

2.2.4. Die Missbilligung des wirtschaftlichen Erfolges der unbefugten Rechtsbesorgung als Anknüpfungspunkt für die Nichtigkeit der Vollmacht

Die Unterscheidung danach, ob sich eine Verbotsvorschrift nur gegen den Abschluss eines Rechtsgeschäfts oder auch gegen seine Wirksamkeit, namentlich gegen seinen wirtschaftlichen Erfolg, wendet, ist für die Frage bedeutsam, ob der Verstoß gegen diese Verbotsvorschrift die Nichtigkeit gem. § 134 BGB zur Folge hat¹⁸³.

Die Feststellung, dass der wirtschaftliche Erfolg einer unbefugten Rechtsbesorgung missbilligt ist, bildet jedoch auch einen geeigneten Ansatzpunkt zur Beantwortung der Frage, ob auch eine zur Ausführung dieser Rechtsbesorgung erteilte Bevollmächtigung nichtig ist. Dies ergibt sich aus folgender Überlegung: Richtet sich ein Verbotsgesetz gegen den wirtschaftlichen Erfolg eines Rechtsgeschäfts, so richtet es sich gegen seine privatrechtliche Wirksamkeit. Voraussetzung dafür, dass die Rechtsbesorgung – in ihrer Ausgestaltung als rechtsgeschäftliche Vertretung – überhaupt privatrechtliche Wirksamkeit erlangen kann, ist die Erteilung einer Vollmacht. Die Vollmachtserteilung ist daher notwendige Bedingung dafür, dass die unbefugte Rechtsbesorgung überhaupt vorgenommen werden kann. Umgekehrt kann auch nur dann die Wirksamkeit einer unbefugten Rechtsbesorgung verhindert werden, wenn die Vollmachtserteilung verbotswidrig und auch nichtig ist. Der Deutlichkeit halber sei noch einmal festgestellt, dass nur dann die Verbotswidrigkeit der Vollmachtserteilung gefordert werden

¹⁸³ Die Rechtsprechung und Lit. nimmt Nichtigkeit in der Regel an, wenn der Leistungserfolg durch das Gesetz verboten wird, vgl. Erman/ Palm, § 134, Rn.11; Sack in: Staudinger, § 134, Rn. 68; BGHZ 118, 142 (144).

muss, wenn dies das einzige Mittel ist, den gesetzlich missbilligten wirtschaftlichen Erfolg zu verhindern.

2.2.4.1. Die Missbilligung des wirtschaftlichen Erfolges der unbefugten Rechtsbesorgung

Ob eine Verbotsvorschrift nur die Vornahme der Leistung oder auch den Leistungserfolg missbilligt, bestimmt sich nach der Literatur¹⁸⁴ und Rechtsprechung¹⁸⁵ nach dem Sinn der Vorschrift¹⁸⁶.

Die Rechtsprechung¹⁸⁷ geht davon aus, dass sich die Verbotsvorschrift des RBerG gegen den wirtschaftlichen Erfolg der unbefugten Rechtsbesorgung wendet. Dies folgert sie daraus, dass sich der Schutzzweck des RBerG – namentlich der Schutz des Rechtssuchenden vor unzulänglicher oder fehlerhafter Besorgung seiner Rechtsangelegenheiten – nur durch eine Missbilligung der Wirksamkeit der unbefugten Rechtsbesorgung verwirklichen lasse¹⁸⁸.

Neben der Argumentation, welche sich allein aus dem Schutzzweck des RBerG heraus begründet, sollen jedoch noch weitere Kriterien gefunden werden, die für eine Missbilligung der Wirksamkeit der unbefugten Rechtsbesorgung sprechen.

¹⁸⁴ Vgl. statt vieler Flume, AT, Bd. 2, § 17, 4, S. 347.

¹⁸⁵ BGH, NJW 1968, 2286; BGH, WM 1999, 29 (30); OLG Brandenburg, WM 2002, 2197 (2199).

¹⁸⁶ A.A. Amm, Rechtsgeschäft, Gesetzesverstoss Und § 134 BGB, S. 197, der eine Differenzierung auch danach vornehmen möchte, ob die Parteivereinbarung das verbotene Verhalten dem Leistungserfolg oder aber der ihm vorgelagerten Leistungshandlung zuordne.

¹⁸⁷ OLG Brandenburg, WM 2002, 2197 (2199).

¹⁸⁸ Als Konsequenz ergibt sich hieraus die Unwirksamkeit der durch den unbefugten Rechtsbesorger geschlossenen Verträge, vgl. die Entscheidung des IV. ZR des BGH, NJW 2003, 1594. Soweit sich der XI. ZR des BGH, NJW 2003, 2088, zwar einerseits obiger Argumentation anschließt, dennoch aber die Wirksamkeit der von dem Rechtsbesorger geschlossenen Verträge bejaht, ist diese Entscheidung in sich widersprüchlich. Vgl. hierzu die Ausführungen unter Kap. C. III.

Unmittelbarer Ansatzpunkt ist hierfür zunächst der Wortlaut der Verbotsnorm.

Art. 1 § 1 RBerG bestimmt: *„Die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten ... darf geschäftsmäßig ... nur von Personen betrieben werden, denen dazu von der zuständigen Behörde die Erlaubnis erteilt wurde. ...“* Nach Art. 1 § 8 Nr. 1 RBerG handelt derjenige ordnungswidrig der *„fremde Rechtsangelegenheiten geschäftsmäßig besorgt, ohne die nach diesem Artikel erforderliche Erlaubnis zu besitzen“*.

Der Wortlaut dieser Vorschriften – *„geschäftsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten“* – deutet auf eine reine Handlungsbezogenheit hin.

Wie bereits die ausführliche Analyse von Amm¹⁸⁹ zeigt, lässt sich die Entscheidung, ob ein Verbotsgesetz bloß eine Leistungshandlung oder auch den Leistungserfolg missbilligt, nicht immer leicht treffen. Er schlägt daher vor, die Bewertung davon abhängig zu machen, welche Bedeutung die gesetzwidrige Leistungshandlung für den Charakter des Leistungserfolges besitze. Nur dann, wenn sich der Leistungserfolg in der vereinbarten Form auch auf legalem Wege bewirken lasse, könne die Rede davon sein, dass das Geschäft nur hinsichtlich seiner Durchführung, nicht aber bezüglich seines wirtschaftlichen Enderfolges gegen die Rechtsordnung verstoße. Anderenfalls bilde die ungesetzliche Handlung einen wesensbestimmenden Bestandteil des Leistungserfolges¹⁹⁰.

Unter Zugrundelegung dieser Ansicht kommt man ebenfalls zu einer Missbilligung des Erfolges der unbefugten Rechtsbesorgung. Denn die Rechtsbesorgung kann von einer Person, die nicht die hierfür erforderliche Erlaubnis nach dem RBerG besitzt, eben gerade nicht auf legalem Wege bewirkt werden. Ein Treuhänder kann seiner Verpflichtung aus dem Treuhandvertrag – die zur Finanzierung und zum Erwerb der

¹⁸⁹ Amm, Rechtsgeschäft, Gesetzesverstoss Und § 134 BGB, S. 197 ff.

¹⁹⁰ Amm, op. cit., S. 213.

Kapitalanlage erforderlichen Verträge abzuschließen – nicht nachkommen, ohne gegen die Bestimmungen des RBerG zu verstoßen, wenn er die hiernach erforderliche Erlaubnis nicht besitzt.

2.2.4.2. Das Erfordernis der Nichtigkeit der Vollmacht zur Verhinderung des Eintritts des missbilligten Erfolges

Das RBerG missbilligt, wie bereits festgestellt nicht nur die Vornahme der Handlung der unbefugten Rechtsbesorgung, sondern auch deren Erfolg. Da die unbefugte Rechtsbesorgung in den Treuhandfällen gerade in der rechtsgeschäftlichen Vertretung liegt, gilt als Konsequenz der obigen Ausführungen, dass die durch den Rechtsbesorger geschlossenen Verträge – als Erfolg der unbefugten Rechtsbesorgung – missbilligt sind.

Die Vollmachtserteilung fördert die Rechtsbesorgung nicht nur, sie ist vielmehr Bedingung für die Wirksamkeit der durch den Rechtsbesorger geschlossenen Verträge. Sie ist damit die Voraussetzung dafür, dass der durch das RBerG missbilligte Erfolg auch eintritt.

2.2.5. Zwischenergebnis

Bei der Betrachtung der Verbotsrichtung des Art. 1 § 1 RBerG zeigte sich, dass die Vollmachtserteilung, die den Rechtsbesorger nach außen hin zur Durchführung der unbefugten Rechtsbesorgung ermächtigt, selbst nicht gegen das RBerG verstößt.

Das RBerG verbietet nicht nur die Handlung der unbefugten Rechtsbesorgung – konkret die rechtsgeschäftliche Vertretung – sondern auch deren wirtschaftlichen Erfolg, also die Wirksamkeit der von dem Treuhänder geschlossenen Verträge. Dies ergibt sich nicht nur aus der

Zweckrichtung des RBerG sondern auch daraus, dass die ungesetzliche Handlung – also die unbefugte Rechtsbesorgung – einen wesensbestimmenden Bestandteil des Leistungserfolges – nämlich der durch den Rechtsbesorger geschlossenen Verträge – bildet.

Die Vollmachtserteilung ermöglicht die unbefugte Rechtsbesorgung erst. Umgekehrt kann der Eintritt des missbilligten Erfolges der Rechtsbesorgung – also die Wirksamkeit der durch den Rechtsbesorger geschlossenen Verträge – nur durch die Nichtigkeit der Vollmachtserteilung verhindert werden. Die Vollmachtserteilung hat daher eine mittelbar missbilligte Wirkung. Dies erfordert m.E. die Nichtigkeit der Vollmacht gem. § 134 BGB und damit die Durchbrechung des Abstraktionsprinzips.

2.3. Das Verhältnis der Nichtigkeitsgründe (§ 139 BGB zu § 134 BGB)

Der Nichtigkeitsgrund des § 139 BGB ist gegenüber dem des § 134 BGB subsidiär.

Denn § 139 BGB ist Ausfluss der Privatautonomie. Ergibt sich aber die Nichtigkeit bereits aufgrund Gesetzes, so ist diese normativ zwingend vorgegeben. Für einen diesem Ergebnis entsprechenden oder entgegenstehenden Parteiwillen bleibt dann kein Raum¹⁹¹.

¹⁹¹ Zur Subsidiarität von § 139 BGB vgl. Larenz/ Wolf, AT, § 45 Rn. 2 f., S. 818.

3. Ergebnis

Die vorangegangene Untersuchung zeigt, dass zur Begründung der Nichtigkeit der Vollmacht sowohl nach § 139 BGB als auch nach § 134 BGB die Durchbrechung des Abstraktionsprinzips erforderlich ist. Für die Anwendbarkeit von § 139 BGB verbleibt jedoch kein Raum, da die Vollmacht bereits gemäß § 134 BGB nichtig ist.

Der Ansicht der Rechtsprechung, dass die Nichtigkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages im Rahmen eines Treuhandmodells auch die Nichtigkeit der Treuhandvollmacht – gem. § 134 BGB – nach sich zieht, ist im Ergebnis zuzustimmen. Anknüpfungspunkt für die Nichtigkeit der Vollmacht ist jedoch die Missbilligung des Erfolgs der unbefugten Rechtsbesorgung durch das RBERG.

Rechtsfolge der Nichtigkeit der Vollmacht ist, dass der Treuhänder den Anleger im Rahmen der unbefugten Rechtsbesorgung nicht wirksam verpflichten konnte.

Die Nichtigkeit der Vollmacht führt dazu, dass der Rechtsbesorger bei Abschluss der Verträge zum Erwerb und Finanzierung des Anlageobjekts als Vertreter ohne Vertretungsmacht handelt. Die vom Treuhänder abgeschlossenen Verträge sind daher schwebend unwirksam. Eine Genehmigung des Anlegers nach § 177 Abs. 1 BGB, § 184 Abs. 1 BGB scheitert daran, dass der Anleger die Unwirksamkeit der geschlossenen Verträge nicht kennt. Denn eine Genehmigung schwebend unwirksamer Geschäfte setzt nach allgemeiner Ansicht grundsätzlich voraus, dass der Genehmigende die Unwirksamkeit kennt oder zumindest mit ihr rechnet¹⁹².

¹⁹² BGH, NJW 1997, 312; BGH, NJW 2002, 2325 (2327); Palandt/ Heinrichs, § 133, Rn. 11; Larenz/ Wolf, AT, § 49, Rn. 5, S. 902; Schilken in: Staudinger, § 177, Rn. 10; Leptien in: Soergel, § 177, Rn. 24.

III. Die Rechtsscheinhaftung des Anlegers

1. Die Rechtsscheinhaftung des Anlegers nach Ansicht des XI. Zivilsenats des BGH

Der XI. ZR des BGH entschied in seinem Urteil vom 14.5.2002¹⁹³, dass im Rahmen der Treuhandmodelle eine Rechtsscheinhaftung des Anlegers nach §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 1 BGB in Betracht komme, wenn dem Vertragspartner die Treuhandvollmacht im Original bzw. bei notarieller Beurkundung in Ausfertigung¹⁹⁴ vorgelegt wird. Danach sei die unwirksame Vollmacht als wirksam zu behandeln mit der Folge, dass auch die durch den Treuhänder geschlossenen Verträge wirksam sind.

Darüber hinaus könne eine nicht wirksam erteilte Vollmacht über die in §§ 171 ff. BGB geregelten Fälle hinaus dennoch unter allgemeinen Rechtsscheinsgesichtspunkten als wirksam zu behandeln sein, sofern das Vertrauen Dritter auf den Bestand der Vollmacht schutzwürdig sei und an andere Umstände als an die Vollmachtsurkunde anknüpfe¹⁹⁵. In Betracht kommen soll nach Ansicht des Senats insbesondere eine Duldungsvollmacht. Eine solche liege dann vor, wenn es der Anleger über einen längeren Zeitraum wissentlich geschehen lasse, dass ein anderer für ihn ohne eine Bevollmächtigung als Vertreter auftritt und der Vertragspartner aufgrund dieses Duldens auf eine Bevollmächtigung schließt und schließen darf¹⁹⁶.

Sehr weit geht der XI. Zivilsenat bei der Beurteilung der Schutzbedürftigkeit der Banken in das Vertrauen auf den Bestand der Bevollmächtigung. Der Senat nimmt hier grundsätzlich eine Schutzbedürftigkeit der Banken an. Denn aus der Rechtsprechung des BGH vor dessen Ent-

¹⁹³ BGH, NJW 2002, 2325.

¹⁹⁴ Nicht ausreichend sei demnach die Vorlage einer beglaubigten Abschrift. Vgl. BGH, NJW 2002, 2325, unter Hinweis auf die ältere Rechtsprechung, BGH, NJW 1988, 697.

¹⁹⁵ BGH, NJW 2002, 2325.

¹⁹⁶ BGH, NJW 2003, 2091 (2092).

scheidung aus dem Jahr 2000 ließe sich nichts entnehmen, was für einen Verstoß eines Treuhandvertrages und der Treuhandvollmacht gegen Art. 1 § 1 RBerG i.V.m. § 134 BGB gesprochen hätte¹⁹⁷. Aus damaliger Sicht musste die Bank die Unwirksamkeit der Vollmacht nicht erkennen, da diese notariell beurkundet war und nicht einmal ein Notar zu diesem Zeitpunkt Bedenken gegen die Wirksamkeit haben musste¹⁹⁸. Vielmehr solle die Bank nach der Ansicht des Senats auch dann noch auf die Wirksamkeit der Bevollmächtigung vertrauen dürfen, wenn aus dem Wortlaut der Vollmachtsurkunde zu entnehmen sei, dass diese den Rechtsbesorger auch zur Vertretung gegenüber Behörden und Gerichten ermächtige¹⁹⁹.

2. Die Divergenz der Zivilsenate – ein Fall für den Großen Senat?

2.1. Die Divergenz der Zivilsenate

Einigkeit zwischen den Zivilsenaten des BGH besteht insoweit, als alle von der Nichtigkeit des Treuhandvertrages und der Treuhandvollmacht gemäß § 134 BGB ausgehen.

Die Senate sind jedoch insoweit unterschiedlicher Ansicht, als es um die Frage der Wirksamkeit der von dem Treuhänder abgeschlossenen Verträge und abgegebenen Willenserklärungen geht.

2.1.1. Divergenz zwischen II. und XI. Zivilsenat

Der II. Zivilsenat des BGH hatte sich in seinem Urteil vom 14.6.2004 in einem obiter dictum in aller Deutlichkeit gegen die vom XI. Zivilsenat vertretene Auffassung, dass die §§ 171, 172 BGB sowie die Grundsätze

¹⁹⁷ BGH, NJW 2004, 2090 (2091).

¹⁹⁸ BGH, NJW 2005, 664 (668).

¹⁹⁹ BGH, NJW 2005, 1190 (1191); a.A. OLG Karlsruhe, NJW 2003, 2690 (2691).

der Duldungs- und Anscheinsvollmacht auch bei einem Verstoß des Bevollmächtigten gegen Art. 1 § 1 RBerG anwendbar seien und so zu einer Heilung des Vollmacht mangels führen, ausgesprochen²⁰⁰. Eine Vorlage an den Großen Senat für Zivilsachen gem. § 132 Abs. 2 oder Abs. 4 GVG umgeht er damit, dass er auf Besonderheiten der vorliegenden Fallgestaltung hinweist, welche der Annahme einer Rechts-scheinhaftung entgegenstehen würden. Der II. Senat ist der Ansicht, dass das Vertrauen der Bank in die Wirksamkeit der Vollmacht nicht schutzwürdig sei, wenn sich diese in die von der Anlagegesellschaft geschaffene Vertriebsorganisation eingliedere. Denn anderenfalls würde der Rechtsgedanke des § 9 Abs. 3 VerbrKrG a.F. (§ 359 Abs. 1 BGB) nicht ausreichend gewürdigt²⁰¹. Aufgrund dessen, dass sich die Bank in das Vertriebssystem eingliedere, wisse sie auch, dass der Treuhänder keine Vertrauensperson des Anlegers sei. Eine Abwälzung der mit dem Vertriebskonzept verbundenen Risiken allein auf den Anleger erscheine daher in keiner Weise angemessen²⁰².

Der XI. Zivilsenat weicht indessen von seiner bisherigen Rechtsprechung nicht ab und entgegnet auf die Ansicht des II. Zivilsenats, dass die wirtschaftliche Einheit keine Kategorie des Vertretungsrechts sei²⁰³. Denn die Vertretung hänge allein von der Bevollmächtigung, nicht aber von einem Vertrauensverhältnis ab²⁰⁴. Eine Vorlage an den Großen Senat hält er, wiederum unter Hinweis auf die Besonderheiten des Falles, für nicht angezeigt.

²⁰⁰ BGH, NJW 2004, 2736.

²⁰¹ Vgl. zu der Problematik, ob das Anlagegeschäft und das hierzu vorgenommene Finanzierungsgeschäft überhaupt ein verbundenes Geschäft i.S.d. § 9 Abs. 3 VerbrKrG a.F. (§ 359 Abs. 1 BGB) darstellt Kap. B. II. 2.1.3. (Fn. 71).

²⁰² BGH, NJW 2004, 2736 (2737).

²⁰³ Zu der Frage, ob eine wirtschaftliche Verknüpfung von Bank und Treuhänder tatsächlich die Schutzbedürftigkeit der Bank ausschließt vgl. die eingehende Darstellung unter 3.1.5.2.

²⁰⁴ BGH, NJW 2005, 668; BGH, NJW 2005, 664; dem Ergebnis des XI. ZR zustimmend, Oechsler, NJW 2005, 1406 (1407).

2.1.2. Divergenz zwischen dem IV. und XI. Zivilsenat

Der IV. Zivilsenat führte in seinem Urteil vom 26.3.2003²⁰⁵ zur Begründung der Erstreckung der Nichtigkeit des Treuhandvertrages auf die Prozessvollmacht aus:

„Es muss die Wirksamkeit jeder Rechtshandlung verhindert werden, die seitens des unerlaubt rechtsberatenden Geschäftsbesorgers für seinen Auftraggeber vorgenommen wird. ... Es wäre nicht hinzunehmen, könnte die Treuhänderin die Klägerin nicht aus einer materiell-rechtlichen Haftungsübernahme (§ 780 BGB) wirksam verpflichten....“

In der Konsequenz dieser Begründung müsste sich ergeben, dass auch der IV. Zivilsenat die Wirksamkeit der von dem unbefugten Rechtsbesorger geschlossenen Verträge ablehnt. Denn anderenfalls könnte – hielte man die §§ 171 ff BGB für anwendbar – gerade nicht – wie der IV. Senat fordert – die Wirksamkeit jeder Rechtshandlung verhindert werden, die von dem unerlaubt rechtsberatenden Geschäftsbesorger vorgenommen wird. Schließlich könnte auch das Schuldversprechen nach eben diesen Rechtsscheingrundsätzen wirksam sein. Ob der IV. Senat tatsächlich von einer Unanwendbarkeit der Rechtsscheingrundsätze ausging oder die Divergenz zu der Ansicht des XI. Senats schlichtweg übersah²⁰⁶, ist aus der weiteren Begründung der Entscheidung nicht feststellbar.

Auch in seiner weiteren Begründung setzte sich der IV. Senat nicht mit der Rechtsprechung des XI. Zivilsenats zur Frage der Rechtsscheinsvollmacht eingehend auseinander. Vielmehr erklärte er die §§ 172 ff BGB hinsichtlich der prozessualen Vollmacht für nicht anwendbar²⁰⁷.

²⁰⁵ BGH, NJW 2003, 1594.

²⁰⁶ So Joswig, ZfIR 2003, 533 (535).

²⁰⁷ Dies begründet er damit, dass die Vorschriften der §§ 78 ff. ZPO für die Prozessvollmacht ein Sonderrecht bilden. „Es bestehe kein Anlass, die auf die materiell-rechtliche Vollmacht zugeschnittenen, zum Schutz des Geschäftsgegners eingeführten Vorschriften der §§ 172 ff. BGB anzuwenden.“ Vgl. BGH, NJW 2003, 1594 (1595), a.A. Stimmel, ZfIR

2.1.3. Divergenz zwischen dem III. und XI. Zivilsenat

Soweit der XI. Zivilsenat in der Begründung seiner Entscheidung vom 25.3.2003²⁰⁸ ausführt, dass kein Anlass dafür besteht, dem Vertragspartner des Anlegers den Schutz der §§ 171 ff BGB sowie der Grundsätze über die Duldungs- und Anscheinsvollmacht zu versagen, da sich der Vertretene gegebenenfalls an den unbefugten Rechtsberater halten könne, liegt hier nur scheinbar eine Divergenz zu der Rechtsprechung des III. Zivilsenats vor²⁰⁹. Dieser begründete die Erstreckung der Nichtigkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages auf die Vollmacht damit, dass es mit der Zweckrichtung des Rechtsberatungsgesetzes unvereinbar sei, den unbefugten Rechtsberater gleichwohl rechtlich – bei Wirksamkeit der Ausführungsvollmacht – in den Stand zu setzen, seine gesetzlich missbilligte Tätigkeit zu Ende zu führen, indem er Rechtsgeschäfte zu Lasten des Geschützten abschließt und den Rechtssuchenden allein auf Schadensersatzansprüche gegen den Rechtsberater zu verweisen²¹⁰.

Hintergrund der Entscheidung war jedoch, dass der Anleger die unwiderrufliche Vollmacht – welche er im August 1997 erteilt hatte – gleichwohl – im Dezember 1997 – widerrufen hatte und gerichtlich die Feststellung der Nichtigkeit der Vollmacht begehrte. Der Treuhänder hatte bei Klageerhebung die Rechtsbesorgung noch nicht in vollem Umfang erbracht. Dem Senat ging es hier offensichtlich darum, ein weiteres Tätigwerden des unbefugten Rechtsbesorgers zu verhindern, und wollte aus diesem Grunde den Anleger nicht allein auf Schadensersatzansprüche gegen den Rechtsbesorger verweisen. Eine echte Divergenz ist daher nicht anzunehmen.

2003, 577; Joswig, ZfIR 2003, 533, dieser kommt aufgrund des Schutzzwecks des RBerG dennoch zu einer Unwirksamkeit der Vollstreckungsunterwerfungserklärung.

²⁰⁸ BGH, NJW 2003, 2091.

²⁰⁹ Fritz, ZfIR 2003, 803 (805) nimmt insoweit eine Divergenz an.

²¹⁰ BGH, WM 2001, 2260 (2262).

2.2. Vorlagepflicht an den Großen Senat?

Eine Betrachtung der Entscheidungsbegründungen zeigt, dass der II. und der XI. Senat in offenem Widerspruch zueinander stehen. Beide Senate bemühen sich jeweils unter Hinweis auf die Besonderheiten des Einzelfalls eine Vorlage an den Großen Senat in Zivilsachen zu umgehen.

Da der II. Senat in seinem Urteil vom 14.6.2004²¹¹ in einer die Entscheidung nicht tragenden Begründung von der Absicht des XI. Senats abwich, bestand auch keine Vorlagepflicht an den Großen Senat für Zivilsachen. Eine Vorlagepflicht gemäß § 132 Abs. 2 GVG besteht nämlich nur dann, wenn die Rechtsansicht, von der abgewichen wird, sowohl in der früheren wie in der ausstehenden Entscheidung eines anderen, nicht des gleichen Senats, den tragenden Grund bildet und nicht nur beiläufig geäußert wurde²¹².

Auch wenn bisher eine Vorlagepflicht gem. § 132 Abs. 2 und Abs. 3 GVG nicht bestand, so wäre hier dennoch eine Vorlage nach § 132 Abs. 4 GVG zu der Frage, ob auch bei Nichtigkeit der Treuhandvollmacht nach § 134 BGB i.V.m. Art. 1 § 1 RBerG die von dem unbefugten Rechtsbesorger geschlossenen Verträge dennoch nach den Grundsätzen über die Rechtsscheinvollmacht wirksam sind, angezeigt. Eine solche Anfrage erscheint hier zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung unausweichlich.

²¹¹ BGH, NJW 2004, 2736.

²¹² Wolf in: MüKo, ZPO, § 132 GVG, Rn. 8.

3. Rechtsprechungsanalyse

3.1. Die Anwendbarkeit der §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 1 BGB

3.1.1. Die §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 1 BGB als Ausfluss des Rechtscheingedankens

Nach heute überwiegender Auffassung in Rechtsprechung²¹³ und Literatur²¹⁴ handelt es sich bei den §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 1 um gesetzlich geregelte Rechtsscheintatbestände. Der gutgläubige Dritte wird so behandelt, als habe die durch die Vollmachtsurkunde ausgewiesene Person tatsächlich Vertretungsmacht. Eine solche besteht jedoch nicht wirklich, sondern wird zum Schutz des gutgläubigen Dritten lediglich fingiert²¹⁵.

Nach anderer, insbesondere von Flume²¹⁶ vertretenen Ansicht handelt es sich demgegenüber um Fälle rechtsgeschäftlich begründeter Vertretungsmacht.

Dass sich die §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 1 BGB auf deklaratorische Erklärungen und nicht auf einen konstitutiven Akt beziehen, ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 172 Abs. 1 BGB, der davon spricht, dass jemand durch besondere Mitteilung an einen Dritten oder durch öffentliche Bekanntmachung kundgibt, „dass er einen anderen bevollmächtigt *habe*“²¹⁷. Eine Stütze findet diese Ansicht, wie bereits Kindl²¹⁸ her-

²¹³ BGH, NJW 1985, 730; BGH, NJW-RR 1986, 467; BGH, NJW 1988, 697 (698).

²¹⁴ Wellspacher, Vertrauen, S. 83 ff.; Larenz/ Wolf, AT, § 48, Rn. 6 ff., S. 889 f.; Canaris, Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, S. 32 ff.; MüKo/ Schramm, § 170, Rn. 2; Lepien in: Soergel, § 170, Rn. 1; Kindl, Rechtsscheintatbestände und ihre rückwirkende Beseitigung, S. 9 ff.

²¹⁵ Wellspacher, Vertrauen, S. 87; Kindl, Rechtsscheintatbestände und ihre rückwirkende Beseitigung, S. 9.

²¹⁶ Flume, AT, Bd. 2, § 49 2, S. 827, ebenso auch Eujen/ Frank, JZ 1973, 232 (233 f.); Schilken, Wissenszurechnung im Privatrecht, S. 29 f, derselbe in: Staudinger, § 171, Rn. 3; Bader, Duldungs- und Anscheinsvollmacht, S. 146.

²¹⁷ Vgl. schon Canaris, Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, S. 32.

ausgearbeitet hat, auch in den Motiven zum BGB. Hierin heißt es nämlich: „Der Verkehr erfordert vielmehr, daß diejenige Rechtslage schlechthin eintritt, welche sich ergeben würde, wenn der Kundgebung die Bedeutung einer für sich bestehenden Vollmachtsertheilung innewohnte“²¹⁹

Wie folgendes von Kindl²²⁰ gewählte Beispiel verdeutlicht, ist die praktische Bedeutung des Streits um die dogmatische Einordnung der §§ 171 ff. BGB äußerst gering²²¹. Es macht aus der Sicht des Dritten keinen Unterschied, ob der A dem B eine Urkunde aushändigt mit dem Inhalt: „Hiermit bevollmächtige ich den B, mich gegenüber C zu vertreten“ und sich des B als Boten zur Übermittlung dieser Erklärung an C bedient – in einem solchen Fall liegt eine Außenvollmacht vor – oder aber eine Urkunde folgenden Inhalts übergibt: „Ich habe den B bevollmächtigt, mich gegenüber C zu vertreten“ – hier findet § 172 Abs. 1 BGB Anwendung.

3.1.2. Der Umfang des Rechtsscheins der §§ 170 ff. BGB

3.1.2.1. Rechtsschein bezüglich der Fortdauer der Bevollmächtigung

Kindl²²² bestimmt die ratio der §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 2 BGB wie folgt: „Der Zweck der §§ 171 I, 172 I BGB ist es also, gutgläubige Dritte so zu stellen, wie wenn eine Außenbevollmächtigung erklärt worden wäre.“

Bei der echten Außenvollmacht wird der gutgläubige Dritte durch die §§ 170, 171 Abs. 2, 172 Abs. 2, 173 BGB in seinem guten Glauben daran,

²¹⁸ Kindl, Rechtsscheintatbestände und ihre rückwirkende Beseitigung, S. 9 f.

²¹⁹ MOTIVE I, S. 237 (vgl. auch MUGDAN I, S. 484.)

²²⁰ Kindl, Rechtsscheintatbestände und ihre rückwirkende Beseitigung, S. 12.

²²¹ So auch Canaris, Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, S. 35; Wellspacher, Vertrauen, S. 89. Auswirkungen bestünden insoweit, als man dem Dritten ein Wahlrecht zwischen der Inanspruchnahme des Vertretenen oder des Vertreters einräumt. Für ein Wahlrecht: Altmeyden, Disponibilität des Rechtsscheins, S. 151; Canaris, NJW 1991, 2628; Pawlowski, JZ 1996, 125 (131); a.A. st. Rechtsprechung des BGH, vgl. BGHZ 86, 275.

²²² Kindl, op. cit., S. 12 ff.

dass die Vollmacht nicht aus einem internen Grunde – zwischen Vollmachtsgeber und Bevollmächtigtem – erloschen ist, geschützt²²³. Denn der Dritte hat, da die Vollmacht ihm gegenüber erteilt worden war, einen begründeten Anlass zu der Annahme, dass diese auch nicht erloschen ist, soweit deren Erlöschen ihm nicht mitgeteilt wurde²²⁴. Das selbe muss auch für die nach außen kundgegebene Innenvollmacht gelten. Auch hier knüpft der Scheintatbestand an das Unterlassen der Erlöschungsanzeige an.

Anders verhält es sich hingegen bei der Aushändigung der Vollmachtsurkunde. Hier knüpft der Rechtsschein nicht an das Unterlassen der Erlöschungsanzeige an sondern vielmehr daran, dass bereits in der Aushändigung der Urkunde selbst die Schaffung einer Gefahrenquelle liegt. Denn hierdurch hat der Geschäftsherr eine Gefahr dafür geschaffen, dass sich der Dritte auf die Vollmacht verlässt, obwohl sie bereits erloschen ist²²⁵.

Sowohl bei der Außenvollmacht als auch bei der nach außen kundgegebenen Innenvollmacht wird das Vertrauen eines gutgläubigen Dritten in den Fortbestand der Vollmacht geschützt. Denn diese soll, soweit der Geschäftsherr deren Bestehen dem Dritten in irgend einer Weise zur Kenntnis gebracht hat, auch nicht ohne Wissen des Dritten wieder beseitigt werden können.

3.1.2.2. Rechtsschein bezüglich des Bestands der Vollmacht

Nach einhelliger Ansicht gelten die §§ 171 Abs. 1 , 172 Abs. 2 BGB im Gegensatz zu § 170 BGB auch dann, wenn der Kundgabe bzw. Aushändigung der Vollmachtsurkunde überhaupt keine Vollmacht

²²³ Canaris, Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, S. 138; Kindl, Rechtsscheintatbestände und ihre rückwirkende Beseitigung, S. 13 ff.

²²⁴ Vgl. hierzu ausführlich Canaris, op. cit., S. 134 ff.

²²⁵ Canaris, op. cit., S. 137.

zugrunde liegt. Sie gelten aber auch dann, wenn die Innenvollmacht fehlerhaft ist und die Kundgabe im irrigen Glauben an ihre Wirksamkeit erfolgt²²⁶.

Diese unterschiedliche Behandlung der §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 2 BGB einerseits und § 170 BGB andererseits findet ihre historische Stütze in dem Verständnis des Gesetzgebers. So heißt es in der Denkschrift zum BGB²²⁷:

„Eine Regelung für sich erheischen die Fälle, in denen es sich nicht um einen Bevollmächtigungsakt durch Erklärung einem Dritten gegenüber handelt, in denen aber jemand durch besondere Mittheilung an einen Dritten oder durch öff. Bekanntmachung kundgegeben hat, daß er einen Anderen bevollmächtigt habe, oder in denen der Vollmachtsgeber dem Vertreter eine Vollmachtsurkunde ausgehändigt und dieser sie einem Dritten vorgelegt hat. In den bezeichneten Fällen soll im Interesse der Rechtssicherheit und der Anschauungen des Lebens entsprechend der Vertreter in dem aus der Kundgebung oder der Urkunde ersichtlichen Umfange zur Vertretung befugt sein, auch wenn ihm Vollmacht nicht oder nicht gültig oder nicht in diesem Umfange erteilt worden war“.

Canaris²²⁸ begründet die unterschiedliche Behandlung von § 170 BGB und der §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 2 BGB mit dem Gedanken, dass der gutgläubige Dritte bei der kundgegebenen Innenvollmacht nicht schlechter gestellt werden darf, als wenn ihm eine Außenvollmacht erteilt worden sei. Denn die abstrakte Außenvollmacht schütze den Dritten als abstraktes Rechtsgeschäft vor allen Mängeln aus dem Innenverhältnis zwischen Geschäftsherren und Vertreter. Bei einer Innenvollmacht schützten hingegen die §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 2 BGB den Dritten vor internen Mängeln, soweit eine Kundgabe oder Aus-

²²⁶ Schilken in: Staudinger, § 171, Rn. 7; Schramm in: Müko, § 171, Rn. 14; Canaris, op. cit., S. 110; Frotz, Verkehrsschutz im Vertretungsrecht, S. 300.

²²⁷ MUGDAN I, S. 839.

²²⁸ Canaris, Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, S. 111.

händigung und Vorlage einer Vollmachtsurkunde erfolgt sei²²⁹. Dieses Argument kann nur dann Bestand haben, wenn man die Innenvollmacht nicht für abstrakt hält²³⁰. Denn anderenfalls würden allein auf Grund deren Abstraktheit Mängel des Innenverhältnisses nicht auf die (Innen-) Vollmacht durchschlagen. Des weitergehenden Schutzes durch die §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 2 BGB vor internen Mängeln bedarf es daher nur insoweit, als es hinsichtlich der Kenntnis oder Erkennbarkeit bestimmter Umstände für die Geltung der Vollmacht auf die Person des Dritten – und nicht wie bei der Innenvollmacht auf die Person des Vertreters – ankommt, also in den Fällen der §§ 116 S. 2, 117 Abs. 1, 123 Abs. 2 S. 1 BGB.

Teilt man die Ansicht, dass sich Außenvollmacht und die nach außen kundgegebene Innenvollmacht in ihrer Wirkung nicht unterscheiden dürfen, so muss hieraus jedoch notwendig folgen, dass für eine Anwendbarkeit der §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 2 BGB dort kein Raum ist, wo auch die Erteilung einer Außenvollmacht unwirksam und somit gescheitert wäre. Denn der Dritte darf im Rahmen der kundgegebenen Innenvollmacht eben auch nicht besser gestellt werden, als wenn ihm eine Außenvollmacht erteilt worden wäre. Dieses Ergebnis erzielt die h.M. dadurch, dass sie Einwendungen, welche die Kundgabe – als geschäftsähnliche Handlung – selbst betreffen, in analoger Anwendung der Vorschriften über die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit zulässt²³¹.

In der Literatur findet sich demgegenüber neuerdings – gerade in Bezug auf die hier behandelte Problematik zu der Rechtsscheinhaftung im Rahmen der Treuhandmodelle – die Ansicht, dass § 172 BGB nicht das Vertrauen auf die rechtliche Wirksamkeit einer Bevollmächtigung

²²⁹ Canaris sieht hierin einen Einwendungsausschluss kraft Rechtsscheins. Vgl. Canaris, op. cit., S. 110 f.

²³⁰ Canaris geht von der Abstraktheit der Innenvollmacht aus, vgl. Canaris, op. cit., S. 116.

²³¹ Schramm in: MüKo, § 171, Rn. 8; Schilken in: Staudinger, § 171, Rn. 9; Canaris, Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, S. 35 ff.; Kindl, Rechtsscheintatbestände und ihre rückwirkende Beseitigung, S. 21 ff.; Frotz, Verkehrsschutz im Vertretungsrecht, S. 310; Bork, AT, Rn. 1524; a.A. Enneccerus/ Nipperdey, § 184 II 4; Erman/ Palm, § 171, Rn. 3.

schützen könne. Aus der Ratio des § 172 BGB ergebe sich vielmehr, dass der Dritte nur bezüglich des Vertrauens in die Tatsache, dass dem Vorlegenden Vollmacht erteilt und diese nicht widerrufen wurde, geschützt werde²³². Dieses Argument leuchtet ein, bedenkt man, dass es auch bei der Außenvollmacht keinen Schutz in die rechtliche Wirksamkeit einer Bevollmächtigung gibt. Ist nämlich eine Außenvollmacht nach § 134 BGB nichtig, so gibt es keinen Rechtssatz, der das Vertrauen des Dritten in die Wirksamkeit der Vollmacht schützt. Dasselbe muss aber, um Wertungsunterschiede zwischen Außenvollmacht und kundengegebener Innenvollmacht zu vermeiden, auch für die nach außen kundengegebene Innenvollmacht gelten. Insoweit kann der Einwand der Gesetzeswidrigkeit entgegen der Ansicht von Canaris²³³ nicht durch die §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 2 BGB präkludiert sein, soweit er die abstrakte Innenvollmacht erfasst.

Die Richtigkeit dieses Ergebnisses ergibt sich in Anbetracht der hier interessierenden Fälle insbesondere auch aus folgender Überlegung:

Die Feststellung der Nichtigkeit der Treuhandvollmacht gemäß § 134 BGB konnte nur aufgrund einer Durchbrechung des Abstraktionsprinzips erfolgen. Denn richtigerweise ist auch die Innenvollmacht abstrakt. Hiervon ging auch der BGH aus, anderenfalls wäre nicht zu erklären, warum er hinsichtlich der Erstreckung der Nichtigkeit des Treuhandvertrages auf die Treuhandvollmacht auf den Schutzzweck des Rechtsberatungsgesetzes abstellte. Wäre er demgegenüber davon ausgegangen, dass die Vollmacht nicht abstrakt ist, so wären seine Überlegungen hierzu aufgrund automatischer Erstreckung überflüssig gewesen. In der Durchbrechung des Abstraktionsprinzips liegt jedoch gleichzeitig immer auch die Wertung, dass der Verkehrsschutz – also der Schutz des Dritten – aufgrund eines anderen Schutzzwecks zurücktreten muss. Hat man sich aber nun einmal gegen den Verkehrsschutz entschieden, so ist es völlig inkonsequent, den Drittschutz gleichsam „durch die Hintertür“ über die §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 1 BGB wieder

²³² Hellgardt/ Majer, WM 2004, 2380 (2382); Arnold/ Gehrenbeck, VuR 2004, 41 (43 f.).

²³³ Canaris, Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, S. 116.

aufleben zu lassen. Dies um so weniger, als in den hier interessierenden Treuhandfällen auch die Erteilung einer Außenvollmacht denkbar gewesen wäre²³⁴. Insbesondere hängt es, wie das Beispiel bei Kindl²³⁵ zeigt, von marginalen Unterschieden in der Formulierung der Vollmachtsurkunde ab, ob eine Außen- oder Innenvollmacht vorliegt.

3.1.2.3. Zwischenergebnis

Eine Rechtsscheinhaftung des Anlegers nach den §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 1 BGB muss nach richtiger Auffassung ausscheiden. Diese Vorschriften können nach der hier vertretenen Ansicht nämlich aufgrund der unbedingten Gleichwertung von Außenvollmacht und kundgegebener Innenvollmacht Einwendungen der Nichtigkeit der Vollmacht gemäß § 134 BGB nicht präkludieren. Denn bezüglich der Außenvollmacht gibt es keinen Rechtssatz, der das Vertrauen in die Wirksamkeit einer Bevollmächtigung schützt. Dasselbe muss dann eben auch hinsichtlich einer kundgegebenen Innenvollmacht gelten.

Aber auch wenn man der herrschenden Meinung folgt und davon ausgeht, dass die §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 1 BGB grundsätzlich auch den guten Glauben in die Wirksamkeit der Bevollmächtigung schützen, so ergibt sich hier – unter Vorwegnahme des Ergebnisses aus 3.1.2.2. – jedoch die Nichtigkeit der Aushändigung der Vollmachtsurkunde aus § 134 BGB und somit die Unanwendbarkeit der Rechtsscheinvorschriften aufgrund eines Vorrangs der Nichtigkeitsnorm des § 134 BGB i.V.m. Art. 1 § 1 RBerG.

²³⁴ Die Außenvollmacht kann auch durch Erklärung gegenüber einer Mehrzahl von Personen erteilt werden, vgl. Larenz/ Wolf, AT, § 47, 21, S. 874; Schramm in: MüKo, § 167, Rn. 11. Die Vertragspartner, insbesondere die finanzierenden Banken, wurden meist in den Prospekten namentlich genannt.

²³⁵ Vgl. hierzu Seite 110.

3.1.3. Der Vorrang der Nichtigkeitsnorm vor dem Drittschutz

Eine Rechtsscheinhaftung des Vertretenen verbietet sich in Fällen, in denen eine Zurechnung des Nichtigkeitsmangels aufgrund dessen Schwere nicht in Betracht kommt²³⁶. Dies ist beim Minderjährigen und Geschäftsunfähigen der Fall. Aber eben auch, was die Ausführungen unter 3.1.2.2. zeigen werden, bei der Nichtigkeit der Treuhandvollmacht nach § 134 BGB i.V.m. Art. 1 § 1 RBerG²³⁷.

3.1.3.1. Vorrang des Schutzes des Minderjährigen und Geschäftsunfähigen vor dem Drittschutz

Nach einhelliger Ansicht in Literatur²³⁸ und Rechtsprechung²³⁹ sind die Vorschriften der §§ 171, 172 BGB auf beschränkt geschäftsfähige Personen und Geschäftsunfähige nicht anwendbar. Begründet wird dies damit, dass die §§ 104 ff. BGB keinen Schutz des guten Glaubens an die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit einer Person kennen²⁴⁰. Vielmehr gehe der Schutz des Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen dem Verkehrsschutzbedürfnis nach der Wertung des Gesetzgebers vor²⁴¹.

²³⁶ So auch Mühlert/ Hoyer, WM 2004, 2281 (2283); diese lehnen jedoch aufgrund der Verbotsrichtung des RBerG ein dem Minderjährigen vergleichbar gewichtiges Schutzinteresse des Vollmachtgebers ab. A.A. Meurer/ Neunaber, NZM 2002, 807 (809).

²³⁷ Anders ist dies bei Nichtigkeit gemäß § 139 BGB, so auch Fritz, ZfIR 2003, 803 (804). § 139 kann nur dann zum Zuge kommen, wenn eine Nichtigkeit nach § 134 BGB abgelehnt wurde, was natürlich nur dann möglich ist, wenn man eine Wertung dergestalt vorgenommen hat, dass dem Drittschutz der Vorzug zu geben ist.

²³⁸ Nitschke, JuS 1968, 541; Frotz, Verkehrsschutz im Vertretungsrecht, S. 288 f.; Canaris, NJW 1964, 1988; Kindl, Rechtsscheintatbestände und ihre rückwirkende Beseitigung, S. 22; Larenz/ Wolf, § 48, Rn. 10, S. 890; Bork, AT, § 34, Rn. 1542, S. 563; a.A. noch Oertmann, ZHR 95, 443 (470); anders dagegen in seinem Kommentar, Oertmann, § 171, Anm. 1 a: „Immerhin ist Geschäftsfähigkeit sicherlich auch hier unerlässlich; sie ist ja nicht nur Voraussetzung des eigentlich rechtsgeschäftlichen, sondern eines jeden rechtlich erheblichen Handelns.“

²³⁹ BGH, NJW 1977, 622 (623); OLG Stuttgart, MDR 1956, 673.

²⁴⁰ Vgl. Larenz/ Wolf, AT, § 25, Rn. 10, S. 449; Bork, AT, § 23, Rn. 968, S. 352; BGH, NJW 1977, 622 (623).

²⁴¹ OLG Stuttgart, MDR 1956, 676; Westermann, JuS 1963, 2; Nitschke, JuS 1968, 541.

Nitschke²⁴² stellte insoweit die These auf, dass Rechtsscheintatbestände, die auf dem Veranlassungsprinzip beruhen – im Gegensatz zu Rechtsscheintatbeständen, bei denen es auf eine Veranlassung durch den Betroffenen nicht ankommt – dem Geschäftsunfähigen²⁴³ grundsätzlich nicht zurechenbar seien.

Die herrschende Meinung löst diesen Vorrang des Minderjährigenschutzes vor dem Drittschutz dogmatisch dadurch, dass sie sowohl in der Vollmachtskundgabe gem. § 171 Abs. 1 BGB als auch in der Aushängung der Vollmachtsurkunde eine geschäftsähnliche Handlung sieht, auf welche die Vorschriften der §§ 104 ff BGB entsprechende Anwendung finden²⁴⁴.

Aber auch für die Anscheinsvollmacht, bei der es gerade nicht um einen rechtsgeschäftlichen Tatbestand, sondern um die Zurechnung eines schuldhaft verursachten Rechtsscheins durch ein tatsächliches Verhalten geht²⁴⁵, ist nach einhelliger Ansicht Geschäftsfähigkeit des Vertretenen erforderlich²⁴⁶. Der Grund hierfür liegt nach Ansicht von Nitschke²⁴⁷ insbesondere darin, dass die Anwendung der Grundsätze über die Anscheinsvollmacht den Geschäftsunfähigen dem praktischen Ergebnis nach insoweit geschäftsfähig machen würde und auch zu einem Schutz des guten Glaubens an die Geschäftsfähigkeit führte. Dies ist jedoch nicht mit dem Willen des Gesetzgebers vereinbar, dass

²⁴² Nitschke, JuS 1968, 541; Canaris hingegen geht davon aus, dass beim Geschäftsunfähigen keine Zurechnungsfähigkeit vorliege und möchte aus diesem Grunde die §§ 104 ff. BGB analog anwenden, vgl. Canaris, Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, S. 452.

²⁴³ Gleiches gilt selbstverständlich auch für den beschränkt Geschäftsfähigen, wenn er ohne die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters handle; zur Vereinfachung spricht er jedoch generell vom Geschäftsunfähigen.

²⁴⁴ Schramm in: Müko, § 172, Rn. 6; Lepien in: Soergel, § 172, Rn. 3; Schilken in: Staudinger, § 172, Rn. 2; Larenz/ Wolf, AT, § 48, Rn. 10, S. Ludwig, DNotZ 1982, 724 (729).

²⁴⁵ Anderes soll nach überwiegender Ansicht für die Duldungsvollmacht gelten. Die Duldung stelle eine geschäftsähnliche Handlung dar, weshalb Geschäftsfähigkeit erforderlich sei. Vgl. Larenz/ Wolf, § 48, Rn. 24, S. 894, a.A. Bienert, Anscheinsvollmacht und Duldungsvollmacht, S. 75 f.

²⁴⁶ Palandt/ Heinrichs, § 173, Rn. 14; Enneccerus-Nipperdey, AT II, § 184 II 3 b.

²⁴⁷ Nitschke, JuS 1968, 541 (542).

Rechtsgeschäfte durch Geschäftsunfähige nicht wirksam vorgenommen werden können. Dieser Schutz gilt absolut, also auch gegenüber einem gutgläubigen Dritten.

3.1.3.2. Vorrang der Nichtigkeitsnorm des § 134 BGB i.V.m. Art. 1 § 1 RBERG vor dem Drittschutz

Wie die vorangegangene Darstellung zeigt, gilt der Schutz des gutgläubigen Dritten nicht ausnahmslos. Vielmehr begegnet der Vorrang der Nichtigkeitsnorm auch in anderen Fällen.

Auch in den hier interessierenden Fällen der Nichtigkeit der Treuhandvollmacht ist von einem Vorrang der Nichtigkeit gem. § 134 BGB i.V.m. Art. 1 § 1 RBERG auszugehen²⁴⁸. Dies ergibt sich aufgrund folgender Überlegung:

Richtigerweise verbietet Art. 1 § 1 RBERG den Erfolg der unbefugten Rechtsbesorgung²⁴⁹. Die rechtsgeschäftliche Vertretung stellt den klassischen Fall des final verstandenen Rechtsbesorgungsbegriffes dar²⁵⁰. Das RBERG begrenzt die rechtsgeschäftliche Vertretung in ihrer Wirksamkeit, und zwar nicht nur im Verhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem, sondern eben auch nach außen dem Dritten gegenüber. Der Erfolg der unbefugten Rechtsbesorgung liegt bei der rechtsgeschäftlichen Vertretung gerade im Abschluss von Verträgen mit Dritten. Die Nichtigkeit der erteilten Vollmacht darf daher konsequenterweise nicht auf das Innenverhältnis beschränkt bleiben. Entnimmt man nämlich dem RBERG das Verbot der rechtsgeschäftlichen Vertretung, soweit eine Erlaubnis nicht vorliegt, so kann dieses Verbot eben auch nur ein absolutes sein. Denn wie im Falle des Geschäftsunfähigen würde ein

²⁴⁸ Im Ergebnis ebenso: Meurer/ Neunaber, NZM 2002, 807 (809); Reich, EWiR 2002, 259 (260); Reiter/ Methner, VuR 2002, 57 (58); Arnold/ Gehrenbeck, VuR 2004, 41 (43 f.); Gutmann, ZBB 2003, 424 (431); Fritz, ZfIR 2003, 803; Hellengradt/ Majer, WM 2004, 2380 (2382).

²⁴⁹ Vgl. Kap. C. II. 2.2.4.1.

²⁵⁰ König, Rechtsberatungsgesetzes, S. 30.

solches Verbot durch die Anwendung der Rechtsscheinhaftung anderenfalls umgangen. Bei einer wegen Verstoßes gegen das RBerG nichtigen Vollmacht ist daher ein vergleichbar schwerer Nichtigkeitsmangel wie bei einer von einem Geschäftsunfähigen erteilten Vollmacht anzunehmen.

Folgt man der herrschenden Ansicht, dass die §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 1 BGB auch den Rechtsschein der Wirksamkeit der Vollmacht begründen, so ist dennoch davon auszugehen, dass der Kundgabeakt der Vollmacht gem. § 134 BGB i.V.m. Art. 1 § 1 RBerG nichtig ist. Denn die Qualifizierung der Rechtsfolge der §§ 171, 172 BGB richtet sich nach dem Zweck der Vorschrift²⁵¹. Dieser geht, wie Frotz²⁵² festgestellt hat, dahin, die Beteiligten – also auch den Dritten – so zu stellen, als wenn die Mitteilung eine Bevollmächtigungserklärung wäre. Die Bevollmächtigungserklärung – und dies muss hier ebenso wie auch bei der Außenvollmacht gelten – ist aber wie bereits dargestellt aufgrund der Erfolgsbezogenheit des Verbots der unbefugten Rechtsbesorgung gemäß § 134 BGB i.V.m. Art. 1 § 1 RBerG nichtig.

3.1.4. Der Vertrauensschutz als Regelungszweck der §§ 171 ff. BGB

Anknüpfungspunkt für die Rechtsscheinhaftung des Vollmachtgebers nach den §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 1 BGB ist das Vertrauen²⁵³ des Dritten in den Bestand der Vollmacht. Es kann hier von einer Vertrauenshaftung des Vollmachtgebers gesprochen werden, als das Vertrauen wesentlicher Anknüpfungspunkt für den Eintritt der Rechtsfolge ist²⁵⁴. Dies regelt § 173 BGB, der bestimmt, dass sich der Dritte auf das Fortbestehen der Vollmacht nicht berufen kann, wenn er das Erlöschen der Vertretungsmacht kennt oder fahrlässig nicht kennt. Obwohl § 173

²⁵¹ Frotz, Verkehrsschutz im Vertretungsrecht, S. 289.

²⁵² Frotz, op. cit., S. 289.

²⁵³ Es liegt hier also kein Fall des absoluten Verkehrsschutzes vor, denn dort wird auch ein bösgläubiger Dritter geschützt. Vgl. Canaris, Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, S. 1.

²⁵⁴ Vgl. Canaris, op. cit., S. 1 ff.

BGB nur von Kenntnis bzw. kennen müssen des Erlöschens der Vertretungsmacht spricht, wenden die Rechtsprechung²⁵⁵ und Literatur²⁵⁶ den § 173 BGB auch in den Fällen an, in denen eine Vollmacht überhaupt nicht bestanden hat²⁵⁷. Nimmt man mit der h.M. an, dass es einen Schutz des guten Glaubens gegenüber dem Einwand der Nichtigkeit der Vollmacht nach § 134 BGB i.V.m. Art. 1 § 1 RBERG gibt, ist dies auch folgerichtig. Denn in den Fällen, in denen der Dritte das Nichtbestehen der Vollmacht kennt, ist dieser ebenso wenig schutzwürdig wie in den Fällen, in denen er das Erlöschen der Vollmacht kannte.

3.1.5. Ausschluss der Rechtsscheinhaftung aufgrund mangelnder Schutzbedürftigkeit der Banken

3.1.5.1. Fehlende Schutzbedürftigkeit nach § 173 BGB / fehlender objektiver Rechtsscheintatbestand

Der XI. Zivilsenat geht grundsätzlich davon aus, dass die Banken den auf dem Verstoß gegen das RBERG beruhenden Mangel einer notariell beurkundeten Treuhandvollmacht, die ihnen im Original oder Ausfertigung vorgelegt wurde, nicht erkennen mussten, und zwar nicht einmal dann, wenn die Vollmacht eine Ermächtigung zur Vertretung gegenüber Gerichten und Behörden enthielt²⁵⁸. Der BGH stellt damit durchgängig auf den guten Glauben der Banken i.S.v. § 173 BGB ab.

²⁵⁵ BGH, MDR 1965, 282; BGH, NJW 1985, 730.

²⁵⁶ H.M.: Lepien in: Soergel, § 173, Rn. 2; Schilken in: Staudinger, § 173, Rn. 7; Palandt/Heinrichs, § 173, Rn. 2; Larenz/ Wolf, AT, § 48, Rn. 14, S. 892.

²⁵⁷ Nach der hier vertretenen Auffassung kommt es auf eine Kenntnis der Banken von der Nichtigkeit des Treuhandvertrages wegen des Verstoßes gegen das RBERG nicht mehr an. Eine Auseinandersetzung mit dieser Problematik soll jedoch der Vollständigkeit halber nicht unterbleiben.

²⁵⁸ BGH, NJW 2005, 1190; a.A. in Bezug auf die Bevollmächtigung gegenüber Gerichten und Behörden, OLG Karlsruhe, NJW 2003, 2690; LG Mannheim, Az. 9 O 76/01 (nicht rechtskräftig), m. Anm. Frisch, EWIR 2003, 35.

Nach Ansicht des Senats habe die Bank aus den ihr vorgelegten Unterlagen nicht den Schluss ziehen müssen, dass die Vollmacht unwirksam war, denn aus den vor dem Jahr 2000 ergangenen Entscheidungen des BGH habe sich hinsichtlich eines Verstoßes gegen das RBerG bezüglich eines umfassenden Treuhandvertrages nichts entnehmen lassen²⁵⁹. Diese Begründung geht auf die Auffassung des IX. Zivilsenats zurück, der in seinem Urteil vom 28.9.2000 die Haftung des Notars für die Beurkundung eines solchen Treuhandvertrages ausschloss²⁶⁰. Der XI. Zivilsenat vertritt insoweit die Auffassung, dass die Bank einen Verstoß gegen das RBerG nicht erkennen musste, soweit auch ein Notar diesen nicht erkennen konnte²⁶¹.

Diese Ansicht begegnet berechtigterweise zunehmender Kritik in der Literatur²⁶². Denn dies kommt einem Vertrauensschutz in eine Rechtsauffassung gleich²⁶³. Es ist jedoch nicht Sache der §§ 171 ff. BGB, eine Rechtsauffassung des Inhalts zu schützen, dass die Vollmacht mit dem – möglicherweise auch beurkundeten Inhalt – wirksam sei.

Bereits das Reichsgericht ging davon aus, dass der Dritte die Gefahr, dass der ihm mitgeteilte Akt der Bevollmächtigung nicht rechtswirksam war, auf sich zu nehmen habe²⁶⁴. So habe der Dritte die Vollmacht auf ihren rechtlichen Gehalt und die Rechtswirksamkeit hin zu prüfen. Habe er sich bei der Prüfung rechtlich geirrt, so fallen ihm die Folgen zur Last²⁶⁵.

Trägt die Bank also das Risiko, dass die Bevollmächtigung nicht rechtswirksam war, kommt es gar nicht darauf an, dass sie die Nichtigkeit der Vollmacht nicht erkannt hat. Es kommt nur darauf an, dass

²⁵⁹ BGH, NJW 2005, 1190; BGH, NJW 2005, 668; BGH, NJW 2005, 664 (668); BGH, NJW 2004, 2090; diese Ansicht teilt wohl auch der II. ZR, vgl. BGH, NJW 2004, 2736 (2737).

²⁶⁰ BGH, NJW 2001, 70; vgl. auch Kap. C. I. 3.2. (Fn. 72).

²⁶¹ BGH, NJW 2005, 1190.

²⁶² Nittel, NJW 2002, 2599 (2601); Gutmann, ZBB 2003, 424 (429); Arnold/ Gehrenbeck, VuR 2004, 41 (44); Reiter/ Methner, VuR 2002, 57 (61); Wolf, LMK 2003, 138.

²⁶³ Arnold/ Gehrenbeck, VuR 2004, 41 (44).

²⁶⁴ RGZ 108, 125 (128).

²⁶⁵ RGZ 108, 125 (128).

ihr die Tatsachen bekannt waren, die zu einer Nichtigkeit geführt haben. Zur Beantwortung dieser Frage ist darauf abzustellen, ob für die Bank ersichtlich war, dass eine Vollbetreuung vorlag. Die Bank musste also Kenntnis davon haben, dass der Treuhänder nicht nur mit dem Abschluss des Darlehensvertrages für den Anleger, sondern auch mit dem Abschluss der weiteren zum Erwerb der Kapitalanlage erforderlichen Verträge betraut war²⁶⁶. War dies der Fall, so geht eine rechtliche Fehlbeurteilung hinsichtlich eines Verstoßes gegen das RBerG zu ihren Lasten.

Gehen demnach die Voraussetzungen, die zu einer Unwirksamkeit der Vollmacht führen, aus der Vollmachtsurkunde selbst hervor, so fehlt es bereits am objektiven Rechtsscheintatbestand nicht etwa nur am guten Glauben i.S.v. § 173 BGB²⁶⁷. Denn insoweit liegt eine „inhaltliche Einwendung“ vor, bei der eine Rechtsscheinhaftung generell nicht in Betracht kommt²⁶⁸.

Dagegen kann der gute Glaube i.S.d. § 173 BGB dort nicht verneint werden, wo die erforderlichen Rechtskenntnisse von dem Dritten nicht zu erwarten sind. Hierauf stellt der BGH in seinen Entscheidungen durchgängig ab, ohne jedoch zu erkennen²⁶⁹, dass es bereits an der Voraussetzung der Rechtsscheinhaftung nach den §§ 171, 172 BGB, nämlich an dem objektiven Rechtsscheintatbestand fehlt²⁷⁰.

²⁶⁶ Da typischerweise die Treuhandverträge ein einheitliches Vertragswerk darstellten, wird eine Kenntnis der Bank dahingehend in der Regel vorgelegen haben. Denn entweder ergab sich der Umfang der Vollmacht aus der Urkunde selbst oder aber aus dem Treuhandvertrag. Soweit die Vollmacht hinsichtlich ihres Umfangs auf den Treuhandvertrag verwies, musste auch dieser der Bank vorgelegt werden, damit diese von einer Bevollmächtigung des Treuhänders zum Abschluss eines Darlehensvertrages für den Anleger ausgehen konnte.

²⁶⁷ Canaris, Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, S. 496.

²⁶⁸ Canaris, op. cit., S. 496.

²⁶⁹ So stellt er auf den Wortlaut des § 173 BGB ab, wonach es nicht auf die Kenntnis oder das Kennenmüssen der den Mangel begründenden Umstände ankommt, sondern auf die Kenntnis oder das Kennenmüssen des Mangels von der Vertretungsmacht selbst. Vgl. BGH, NJW 2005, 664 (667).

²⁷⁰ Entgegen der h.M. fehlt es weiterhin an dem Anknüpfungspunkt für einen objektiven Rechtsscheintatbestand, wenn eine Einsichtnahme in den Inhalt der Vollmachtsurkunde nicht erfolgt. Insoweit umfasst der Begriff der Vorlegung in § 172 Abs. 1 BGB auch die

Doch auch wenn man mit dem BGH auf die Voraussetzungen des § 173 BGB abstellt, liegt eine Schutzbedürftigkeit der Banken dennoch nicht vor.

Die Möglichkeit eines Verstoßes gegen das RBerG hätten die Banken nämlich erkennen können. In der Entscheidung des BGH vom 11. Juni 1976²⁷¹ war eindeutig die Erlaubnispflichtigkeit einer Tätigkeit bejaht worden, welche die Vorbereitung den Abschlusses von Verträgen im Rahmen eines Bauvorhabens zum Gegenstand hatte. In der Urteilsbegründung heißt es: „Da es der Bekl. auch übernimmt, für eine entsprechende rechtliche Gestaltung der vom Bauherrn abzuschließenden zahlreichen Verträge zu sorgen, ist er Sachverständiger und Rechtsberater in einer Person. ... Er erhebt die rechtliche Beratung der Auftraggeber zu seinem Hauptzweck ... und kann sich insoweit nicht mit Erfolg auf die Erlaubnisfreiheit nach Art. 1 § 5 RBerG berufen.“ Mag dem Urteil auch kein Treuhandmodell zugrunde gelegen haben, so ließen sich hieraus jedoch eindeutig die Grenzen rechtsgeschäftlicher Vertretung entnehmen.

Soweit eine Bevollmächtigung des Treuhänders zur Vertretung gegenüber Gerichten und Behörden erfolgt, tritt ein Verstoß gegen das RBerG so deutlich zu Tage, dass sich die Banken dieser Einsicht nicht verschließen durften. Der Einwand des BGH, dass der Vollmacht nicht zu entnehmen gewesen sei, „dass die Treuhänderin über keine Rechtsberatungserlaubnis verfügt“²⁷² kann ein anderes Ergebnis nicht rechtfertigen²⁷³. Denn die Vertretung gegenüber Gerichten und Behörden ist nunmehr eindeutig ein typischer Fall der rechtsbesorgenden Tätigkeit und damit erlaubnispflichtig, somit also regelmäßig verboten. Der Bank ein Vertrauen dahingehend zuzubilligen, dass die Ausnahme –

Kenntnisnahme vom Inhalt der Urkunde. Vgl. Kindl, Rechtsscheintatbestände und ihre rückwirkende Beseitigung, S. 18; a.A. die h.M. Schramm in: MüKo § 172, Rn. 8, m.w.N.

²⁷¹ BGH, NJW 1976, 1635.

²⁷² BGH, NJW 2005, 1190.

²⁷³ So auch Gutmann, ZBB 2003, 424 (430).

eine Erlaubnis – vorliegt, geht demgegenüber zu weit. Eine Nachfrage diesbezüglich hätte die Bank nicht über Gebühr belastet.

3.1.5.2. Fehlende Schutzbedürftigkeit aufgrund wirtschaftlicher Verknüpfung

Der II. Zivilsenat geht für den Fall des kreditfinanzierten Beitritts zu einem geschlossenen Immobilienfonds davon aus, dass sich die Bank, die sich in die Vertriebsorganisation eines Treuhandmodells eingliedert, nicht wie ein gutgläubiger Dritter zu behandeln sei. Denn im Rahmen der Strukturvertriebsmodelle setze nicht allein der Anleger den Rechtsschein einer wirksamen Bevollmächtigung. Vielmehr werde die Art der Geschäftsabwicklung entscheidend von den Initiatoren und Gründungsgesellschaftern des Fonds bestimmt, und die Bank bediene sich dieses vorgegebenen Modells, um ihre Geschäftsinteressen zu verwirklichen²⁷⁴. Der II. Zivilsenat lehnt somit eine Rechtsscheinhafung des Anlegers für den Beitritt zu einem geschlossenen Immobilienfonds dann ab, wenn der Beitritt zu der Fondsgesellschaft und der diesen Beitritt finanzierende Darlehensvertrag ein verbundenes Geschäft i.S.v. § 9 Abs. 1 VerbrKrG bilden.

Die Ansicht des II. Zivilsenats ist hier insoweit näher zu beleuchten, als auf den ersten Blick nicht sofort verständlich ist, wo im Vertretungsrecht die Frage einer wirtschaftlichen Verbundenheit von Vertreter und Drittem berücksichtigt werden soll.

Die Frage der wirtschaftlichen Verbundenheit begegnet jedenfalls auch bei der Lehre vom Verkehrsgeschäft²⁷⁵. Die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs wird danach bei wirtschaftlicher Identität von Veräuße-

²⁷⁴ BGH, NJW 2004, 2736 (2737). Der V. Zivilsenat neigt der Ansicht des II. ZR zu, vgl. BGH, NJW 2005, 820 (823), jedoch nur für den Fall, dass der Anleger nicht notariell belehrt wurde.

²⁷⁵ Um ein Verkehrsgeschäft handelt es sich bei einem echten Vermögenstransport in die Hand einer vom Veräußerer verschiedenen Person. Vgl. Wacke in: Müko, § 892, Rn. 30.

rer und Erwerber verneint²⁷⁶. Die Lehre vom Verkehrsgeschäft stellt bloße Vermögensumschichtungen unter denselben Beteiligten nicht unter den Schutz des gutgläubigen Erwerbs. Keine wirtschaftliche Identität liegt nach h.M. jedoch vor, wenn der Vertreter einer Partei und die Gegenseite wirtschaftlich identisch sind²⁷⁷. Ein Vergleich mit der Lehre vom Verkehrsgeschäft ist somit nicht fruchtbar.

Einen anderen Ansatzpunkt zur Berücksichtigung einer wirtschaftlichen Verbundenheit zwischen dem Vertreter und dem Dritten bietet möglicherweise der allgemeine Vertrauensgedanke, auf welchem die Vollmacht beruht. Zu berücksichtigen ist im Vertretungsrecht nicht nur das Vertrauen des Dritten in den Vollmachtsinhalte, sondern auch das Vertrauen des Vollmachtgebers in die Zuverlässigkeit der Vertrauensperson²⁷⁸. Es ist hierbei davon auszugehen, dass dem Vertrauen des Dritten auf den Vollmachtsinhalte der Vorzug zu geben ist, da es der Vollmachtgeber in der Hand hat, einen vertrauenswürdigen Vertreter zu bestellen²⁷⁹. Dies kann umgekehrt nicht gleichfalls bedeuten, dass – wovon der II. Zivilsenat offensichtlich ausgeht – ein Schutz des Dritten dann nicht besteht, wenn der Vertreter keine „Vertrauensperson“ des Vollmachtgebers ist und der Dritte dies weiß. Denn diesem Vertrauensverhältnis kommt eben nur im Rahmen der Fälle des Missbrauchs der Vertretungsmacht Bedeutung zu. Hält sich der Vertreter aber im Rahmen der vermeintlich bestehenden Vertretungsmacht, so liegt aber gerade kein Missbrauch vor²⁸⁰. Alleine die Tatsache, dass der Vertreter dem Dritten näher steht als dem Vertretenen, schadet hingegen noch nicht.

²⁷⁶ Vgl. Wacke in: MüKo, § 892, Rn. 38.

²⁷⁷ Gursky in: Staudinger, § 892, Rn. 106.

²⁷⁸ Eichler, Die Rechtslehre vom Vertrauen, S. 79.

²⁷⁹ Eichler, op. cit., S. 79.

²⁸⁰ Hellgardt/ Majer, WM 2004, 2380 (2385) schlagen hier bei Wirksamkeit der Treuhandvollmacht eine Lösung über die Fälle des Missbrauchs der Vertretungsmacht vor. So liege ein Handeln zum Nachteil des Vertretenen darin begründet, dass der Vertreter den Vertretenen überhaupt trotz nichtigen Grundverhältnisses im Außenverhältnis verpflichten kann. Werde die Nichtigkeit des Innenverhältnisses von dem Dritten erkannt, so liege ein evidenter Missbrauch der Vertretungsmacht vor. Zum Missbrauch der Vertretungsmacht vgl. Schott, AcP 171, 385.

Auch bei näherer Betrachtung entbehrt das Argument des II. Zivilsenats jeder dogmatischen Grundlage²⁸¹, sondern stellt sich vielmehr als reine Ergebniskorrektur dar.

3.1.6. Zwischenergebnis

Festzuhalten ist folgendes Ergebnis: Ist die Treuhandvollmacht wegen Verstoßes gemäß § 134 BGB i.V.m. Art. 1 § 1 RBerG nichtig, so scheidet eine Rechtsscheinhaftung des Vollmachtgebers nach den §§ 171 ff. BGB aus. Das Verbot der unbefugten Rechtsbesorgung richtet sich gegen den Erfolg der unbefugten Rechtsbesorgung und somit gegen den Abschluss der Verträge durch den Vertreter. Es ist daher von einem Vorrang des Verbots vor dem Drittschutz auszugehen.

Die §§ 171 ff. BGB können darüber hinaus keinen Schutz des guten Glaubens in die Wirksamkeit einer Bevollmächtigung erzeugen, als ein solcher Schutz bei einer Außenbevollmächtigung ebenfalls nicht besteht. Die gegenteilige Auffassung widerspricht der erforderlichen Gleichwertung von Außen- und Innenvollmacht.

Darüber hinaus wird es in den vorliegenden Treuhandfällen zumeist ohnehin an einem objektiven Rechtsschein fehlen, da sich zumeist aus der Vollmachtsurkunde ergibt, dass der Treuhänder zu einer umfassenden Vollbetreuung befugt sein sollte. Grundsätzlich hat aber der Dritte die Gefahr zu tragen, dass der ihm mitgeteilte Akt der Bevollmächtigung unwirksam ist²⁸².

²⁸¹ So auch die Ansicht des XI. ZR BGH, NJW 2005, 664.

²⁸² So bereits die richtige Auffassung des Reichsgerichts, vgl. RGZ 108, 125 (128).

3.2. Rechtsscheinhaftung des Anlegers aufgrund Anscheins- oder Duldungsvollmacht

Nach Ansicht des XI. Zivilsenats kommt eine Rechtsscheinhaftung über die in den §§ 171 ff. BGB geregelten Fälle hinaus auch aus allgemeinen Rechtsscheingesichtspunkten – also im Rahmen einer Anscheins- oder Duldungsvollmacht – in Betracht²⁸³. Dies soll nach Ansicht des Senats jedenfalls dann der Fall sein, wenn das Vertrauen des Dritten nicht an die Vollmachtsurkunde anknüpfe, sondern an andere Umstände, welche bereits vor oder bei Vertragsschluss vorgelegen haben müssen.

Diese Ansicht begegnet gleich in mehrfacher Hinsicht erheblichen Bedenken. Zum einen ist hier bereits die Anwendbarkeit einer Rechtsscheinhaftung im Rahmen der Anscheins- und Duldungsvollmacht fraglich. Diese muss, was die folgenden Ausführungen zeigen werden, wie schon eine Rechtsscheinhaftung nach den §§ 171 ff. BGB verneint werden. Zum anderen wird es ohnehin bereits an den Tatbestandsvoraussetzungen der Anscheins- bzw. Duldungsvollmacht fehlen. So hat der BGH, soweit bisher ersichtlich, auch nur in zwei Fällen das Vorliegen einer Anscheins- oder Duldungsvollmacht bejaht²⁸⁴.

²⁸³ BGH, NJW 2002, 2325; BGH, NJW 2003, 2091.

²⁸⁴ BGH, NJW 1997, 312 für die Mitteilung der Bank über die Errichtung von Darlehenskonten. BGH, NJW, 1988, 699 für die notarielle Beurkundung eines Schuldanerkenntnisses, indem der Notar Bezug auf die vorliegende Vollmacht genommen hatte. Keine Duldungsvollmacht begründen insoweit: Das Schweigen des Anlegers auf die Mitteilung der Bank hinsichtlich der Errichtung eines Darlehenskontos zur Vorfinanzierung des Kaufpreises sowie die Abgabe einer Sicherungszweckerklärung, die Vorlage von Gehaltsnachweisen und Steuererklärung, sowie die Erteilung einer Ermächtigung zum Einzug von Forderungen, vgl. BGH, NJW 2003, 2091 (2092), die Vorlage einer Selbstauskunft, einer Einzugsermächtigung sowie einer „Notarbestätigung“, vgl. BGH, NJW 2004, 2745; ebenso OLG Nürnberg 2004, 2838 (nicht rechtskräftig). Keine Duldungsvollmacht aufgrund jahrelangen vertragskonformen Verhaltens, vgl. BGH, NJW 2002, 2325 (2327);

3.2.1. Anscheins- und Duldungsvollmacht als Tatbestände eines Rechtsscheins der Vollmacht

Im Anschluss an die Rechtsprechung des BGH liegt eine Duldungsvollmacht dann vor, „wenn der Vertretene das ihm bekannte Verhalten des Vertreters duldet und diese Duldung vom Geschäftsgegner nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte dahin gedeutet werden darf, dass der Vertreter vom Vertretenen Vollmacht, für ihn zu handeln, erhalten hat“²⁸⁵.

Eine Anscheinsvollmacht ist nach der Rechtsprechung des BGH dann anzunehmen, wenn der Vertretene das Handeln des Vertreters „zwar nicht kannte, es aber bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen und verhindern können und der Geschäftsgegner das Verhalten des Vertreters nach Treu und Glauben dahin auffassen durfte, dass es dem Vertretenen bei verkehrsmäßiger Sorgfalt nicht habe verborgen bleiben können und dass dieser es also dulde“²⁸⁶.

Die Anscheinsvollmacht und die Duldungsvollmacht sind gesetzlich nicht geregelt. Es handelt sich vielmehr um einen Fall des im Rahmen der Rechtsfortbildung entstandenen Richterrechts²⁸⁷. Die Anerkennung der Anscheins- und Duldungsvollmacht als Rechtsgrundsätze durch den BGH geht auf die ursprüngliche Auffassung des Reichsgerichts und des Reichsoberhandelsgerichts hinsichtlich der allgemeinen Rechtslehre vom Schutz des Vertrauens zurück²⁸⁸. Obwohl die Anscheinsvollmacht als auch die Duldungsvollmacht ursprünglich für den Bereich des Handelsrechts entwickelt wurden, ist ihre Geltung als

²⁸⁵ BGH LM Nr. 4 zu § 167 BGB 2. Leitsatz; vgl. auch Palandt/ Heinrichs, § 173, Rn. 11.

²⁸⁶ BGH LM Nr. 4 zu § 167 BGB 1. Leitsatz; vgl. auch Palandt/ Heinrichs, § 173, Rn. 14.

²⁸⁷ Vgl. anstatt vieler Bienert, Anscheinsvollmacht und Duldungsvollmacht, S. 9.

²⁸⁸ Vgl. zu der historischen Rechtsprechungsentwicklung Bienert, op. cit., S. 14 ff.; sowie Bader, Duldungs- und Anscheinsvollmacht.

ein Institut des allgemeinen bürgerlichen Rechts auch in der Literatur überwiegend anerkannt²⁸⁹.

Wie auch in den Fällen der §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 1 BGB stellt sich die Frage nach der dogmatischen Einordnung der Duldungsvollmacht. Auch hier stehen sich Rechtsgeschäftstheorie²⁹⁰ und Rechtsscheintheorie²⁹¹ gegenüber. Wie bereits in den Fällen der §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 1 BGB ist jedoch der Rechtsscheintheorie zu folgen. Denn insoweit geht hier der Dritte aufgrund des Verhaltens des Geschäftsherrn davon aus, dass dem Vertreter Vollmacht erteilt worden ist. Auch der BGH spricht hier davon, dass die Duldung vom Geschäftsgegner dahingehend verstanden werden darf, dass der Vertreter Vollmacht erhalten *hat* und nicht etwa, dass er bevollmächtigt *wird*²⁹². Darüber hinaus fehlt es in den Fällen der Duldungsvollmacht gerade an dem Willen des Geschäftsherrn, den Vertreter zu bevollmächtigen²⁹³. Liegt dieser nämlich vor, so bedarf es der Konstruktion einer Duldungsvollmacht gar nicht, vielmehr liegt dann eine konkludent erteilte Innenvollmacht vor²⁹⁴.

²⁸⁹ Vgl. Palandt/ Heinrichs, § 173, Rn. 10; a.A. hinsichtlich der Anscheinsvollmacht Canaris, Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, S. 48 ff; die Anscheinsvollmacht grundsätzlich ablehnend Flume, AT, Bd II, § 49, 4, S. 832 f.

²⁹⁰ Hierfür insbes. Flume, AT, Bd II, § 49, 3, S. 828 f.; Westermann, JuS 1963, 5; Hübner, FS Nipperdey I, S. 384.

²⁹¹ Hierfür insbes. Canaris, op. cit., S. 40; Larenz/ Wolf, AT, § 48, Rn. 20, S. 893; v. Craushaar, AcP 174, 2. Einen Überblick zum Meinungsstand in der Lit. gibt Merkt, AcP 2004, 638 (644 ff.).

²⁹² So schon Canaris, Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, S. 41.

²⁹³ RGRK- Steffen, § 167, Rn. 6.

²⁹⁴ Hier erscheint das Verhalten des Geschäftsherrn dem Vertreter gegenüber als schlüssige Erteilung einer Innenvollmacht. Die schlüssige konstitutive Erteilung einer Außenvollmacht dem Vertreter gegenüber wird so gut wie nicht vorkommen. Vgl. Canaris, op. cit., S. 41.

3.2.2. Unanwendbarkeit der Grundsätze der Duldungs- und Anscheinsvollmacht

Eine Rechtsscheinhaftung der Anleger nach den Grundsätzen der Duldungsvollmacht sowie der Anscheinsvollmacht scheidet ebenso wie eine Rechtsscheinhaftung nach den §§ 171 ff. BGB im Rahmen der Treuhandfälle aus. Die Unanwendbarkeit der Grundsätze der Duldungs- und Anscheinsvollmacht ergibt sich einerseits aus dem Vorrang der Nichtigkeitsnorm und andererseits daraus, dass die Annahme einer Duldungsvollmacht eine Regelungslücke voraussetzt, welche jedoch fehlt, wenn ein Bevollmächtigungsakt tatsächlich erfolgt ist.

3.2.2.1. Der Vorrang der Nichtigkeitsnorm

Wie bereits im Bezug auf die Rechtsscheinhaftung nach §§ 171 ff. BGB dargelegt, ergibt sich ein Vorrang der Nichtigkeit nach § 134 BGB i.V.m. Art. 1 § 1 RBerG vor dem Drittschutz. Dasselbe gilt nunmehr aber auch im Rahmen einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht.

Die Bindung durch eine Rechtsscheinvollmacht reicht nun einmal nicht weiter als an eine entsprechende wirksame Vollmacht²⁹⁵. Ist aber bereits die Erteilung einer wirksamen Vollmacht nicht möglich, so kann eine Bindung aufgrund einer Rechtsscheinvollmacht erst recht nicht eintreten.

3.2.2.2. Fehlen einer Regelungslücke

Anknüpfungspunkt für eine Rechtsscheinhaftung des Vertretenen nach den Grundsätzen der Duldungs- oder Anscheinsvollmacht ist ein Unterlassen des Vertretenen. Denn ein Vorwurf ist dem Vertretenen nur dann zu machen, wenn der er das Verhalten des Vertreters kannte

²⁹⁵ Schramm in: MüKo, § 167, Rn. 78, unter Hinweis auf BGHZ 12, 105.

(Duldungsvollmacht) oder hätte kennen müssen (Anscheinsvollmacht) und nicht dagegen eingeschritten ist, obwohl ihm das möglich gewesen wäre²⁹⁶. Dies setzt aber voraus, dass der Vertretene weiß, dass der Vertreter keine Vertretungsmacht hat, denn nur dann ist ihm der Vorwurf zu machen, dass er nicht gegen die rechtsgeschäftliche Vertretung durch einen anderen eingeschritten ist, obwohl ihm der Wille fehlte sich rechtsgeschäftlich vertreten zu lassen. Dem Vertretenen ist jedoch dann kein Vorwurf im Sinne einer Unterlassung der Verhinderung des Vertreterhandelns zu machen, wenn dieses seinem tatsächlichen Willen entsprach und der Vertretene auch keine Kenntnis von der Nichtigkeit der Bevollmächtigung hatte. Erst das Wissen um die Nichtigkeit der Bevollmächtigung versetzt den Vertretenen jedoch in die Lage, gegen das Handeln des Vertreters einzuschreiten und einen Rechtsschein zu verhindern²⁹⁷.

Lag dem Handeln des Vertreters eine – wenn auch nur vermeintlich wirksame – Vollmacht zugrunde, so ist für die Annahme eines über die §§ 171 ff. BGB hinausgehenden Rechtsscheins kein Raum. Es fehlt bereits an einer für die Möglichkeit einer Rechtsfortbildung erforderlichen Regelungslücke²⁹⁸. So ist bereits unklar, welche außerhalb der Vollmachtsurkunde liegenden Umstände hinreichender Anknüpfungspunkt für eine solche Rechtsscheinhaftung sein sollen²⁹⁹. Denn es

²⁹⁶ Vgl. Larenz/ Wolf, AT, § 48, Rn. 22 ff., S. 894 f.; Schramm in: MüKo, § 167, Rn. 46 ff.

²⁹⁷ So auch Meurer/ Neunaber, NZM 2002, 807 (810).

²⁹⁸ Vgl. zu den Voraussetzungen einer Rechtsfortbildung insbes. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 370 ff.

²⁹⁹ Bedenklich insoweit BGH, NJW 1988, 697. Hier sollte sich der Rechtsschein aus einer notariell beglaubigten Unterwerfungserklärung unter die sofortige Zwangsvollstreckung ergeben. Der Notar hatte in die Unterwerfungserklärung aufgenommen, dass die Vollmachtsurkunde in Ausfertigung vorgelegen habe. Hier knüpft der Rechtsschein somit dennoch mittelbar an die Vollmachtsurkunde an. Abzulehnen ist weiterhin die Ansicht des BGH die Hinnahme der Darlehensverpflichtungen und das Schweigen des Darlehensempfängers auf eine Mitteilung der Bank über die Einrichtung von Darlehenskonten habe einen entsprechenden Rechtsschein begründen können, vgl. BGH, NJW 1997, 312. In dem dem Urteil zugrunde liegenden Sachverhalt waren die Treuhandvertrag und die Treuhandvollmacht mangels wirksamer Beurkundung nichtig. Eine Duldungsvollmacht ist hier jedoch abzulehnen. In der Hinnahme der Darlehensverpflichtungen kann allenfalls eine Genehmigung gesehen werden. Anderenfalls würden die Grenzen zur Genehmigung der Vertretung ohne Vertretungsmacht verwischt. Einen über die Vorlage der Vollmacht 138

muss sich, soweit eine Vollmachtsurkunde erteilt und vorgelegt bzw. dem Dritten das Bestehen einer Bevollmächtigung mitgeteilt wurde, der Rechtsschein in diesen Handlungen erschöpfen. Die Tatsache, dass der Vertretene nicht gegen das Handeln des vermeintlichen Vertreters einschreitet, kann logisch nicht davon getrennt werden, dass der Vertretene den Dritten nicht von dem Fehlen der Bevollmächtigung unterrichtet. Es liegt dem somit kein eigenständiger „Handlungsunwert“ zugrunde. Die Annahme einer Anscheins- oder Duldungsvollmacht scheidet daher schon im Ansatz aus³⁰⁰. Dies zeigt sich ganz deutlich, wenn man die Problematik, welche den BGH zu seiner Annahme der Duldungsvollmacht im Grenzbereich zu den §§ 171, 172 BGB veranlasste, betrachtet. Ausgangspunkt ist insoweit die Annahme der Rechtsprechung³⁰¹ und herrschenden Auffassung in der Literatur³⁰², dass § 172 Abs. 1 BGB bezüglich der Erzeugung des Rechtsscheins durch die Vorlage der Vollmachtsurkunde voraussetzt, dass dem Dritten die Vollmachtsurkunde im Original bzw. in Ausfertigung vorgelegt wird. Eine Fotokopie bzw. einfache Abschrift genügt demnach nicht. Begründet wird dies damit, dass diese in beliebiger Anzahl hergestellt werden können und nicht der Rückgabepflicht des § 175 BGB unterliegen. Die Rechtsprechung korrigiert dieses Ergebnis dann aber insoweit, als sie die Grundsätze der Anscheins- und Duldungsvollmacht für anwendbar erklärt. Voraussetzung hierfür ist selbstverständlich, dass das Vertrauen des Dritten an andere Umstände als an die Vollmachtsurkunde anknüpft³⁰³. Schließt man sich der Gegenauffassung an, dass auch die Vorlage einer Fotokopie oder Abschrift genügt³⁰⁴, so bedarf es

hinausgehenden Rechtsschein begründete auch nicht das Schweigen des Darlehensempfängers auf die Mitteilung der Bank. Die Nichtigkeit der Vollmacht war diesem nicht bekannt, so dass ein Einschreiten gegen das Vertreterhandeln von ihm nicht erwartet werden konnte.

³⁰⁰ So auch Gerneth, VuR 2004, 125 (128).

³⁰¹ BGH, NJW 1988, 697.

³⁰² Kindl, Rechtsscheintatbestände und ihre rückwirkende Beseitigung, S. 17 f.; Schramm in: MüKo, § 172, Rn. 8; Biermann, Festgabe Dernburg, S. 89.

³⁰³ Dass diese Gründe sich dennoch auf die Vollmachtsurkunde beziehen und nur vordergründig an andere Umstände anknüpfen, zeigt eindeutig BGH, NJW 1988, 697. Diese Entscheidung erscheint geradezu als Paradebeispiel dafür, dass hier eine reine Ergebniskorrektur vorgenommen wird.

³⁰⁴ Canaris, Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, S. 509.

einer solchen Ergebniskorrektur nicht. Im Übrigen lässt sich eine Rechtsscheinhaftung in analoger Anwendung des § 172 Abs. 2 BGB für die Fälle ausschließen, in denen die Originalurkunde inzwischen zurückgegeben worden ist³⁰⁵. Im Ergebnis verbleibt auch der Anwendungsbereich der Duldungs- und Anscheinsvollmacht für die ursprünglichen Fälle, dass ein Bevollmächtigungsakt tatsächlich nicht vorlag³⁰⁶. Liegt ein solcher nämlich vor – mag er auch unwirksam sein –, so stellen die §§ 171 ff. BGB eine abschließende Sonderregelung dar.

3.3. Ergebnis und Rechtsfolgen

Der Rechtsprechung des XI. Zivilsenats des BGH zur Rechtsscheinhaftung des Anlegers im Rahmen der Treuhandmodelle kann nicht gefolgt werden. Eine Rechtsscheinhaftung sowohl nach den §§ 171 ff. BGB als auch nach den Grundsätzen der Duldungs- und Anscheinsvollmacht scheitert hier an einem Vorrang der Nichtigkeit vor dem Drittschutz. Dieser Vorrang der Nichtigkeitsnorm ergibt sich daraus, dass Art. 1 § 1 RBERG den Erfolg einer unbefugten Rechtsbesorgung verbietet. Der Erfolg einer unbefugten Rechtsbesorgung ist hier gerade in der rechtsgeschäftlichen Vertretung durch den Treuhänder – und damit im Abschluss der Verträge durch diesen – zu erblicken. Gerade hieraus ergibt sich die definitive Unwirksamkeit der Vollmacht, welche nunmehr auch nicht unter Rechtsscheingesichtspunkten „gerettet“ werden kann.

Als Rechtsfolge ergibt sich, dass der Treuhänder im Rahmen der Treuhandfälle als Vertreter ohne Vertretungsmacht handelte. Er konnte den Anleger daher nicht wirksam verpflichten. Eine Rückabwicklung der bereits erbrachten Leistungen erfolgt nach den §§ 812 ff. BGB. Aufgrund der unwirksamen Anweisung ist der Anleger nicht verpflichtet,

³⁰⁵ Canaris, Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, S. 509.

³⁰⁶ Eine Duldungs- oder Anscheinsvollmacht kann richtigerweise nur dort in Betracht kommen, wo keine ausdrückliche Bevollmächtigung stattgefunden hat, so schon Rössner/Schmitt, BB 1985, 833 (836); Eujen/ Frank, JZ 1973, 233 (236).

die Darlehensvaluta an die Bank herauszugeben. Herauszugeben hat er vielmehr die Kapitalanlage, nur diese hat er erlangt³⁰⁷.

Die Berufung auf die Nichtigkeit des Treuhandvertrages und der Treuhandvollmacht im Rahmen der Treuhandmodelle eröffnet den Anlegern somit die Möglichkeit, sich der Darlehensrückzahlungsverpflichtung zu entziehen bzw. eine drohende Zwangsvollstreckung abzuwenden³⁰⁸.

IV. Der Widerruf des Treuhandvertrages und der Treuhandvollmacht nach dem HWiG

Da das Angebot auf Abschluss eines Treuhandvertrages aufgrund des Einsatzes von Strukturvertrieben typischerweise in einer Haustürsituation abgegeben wurde, stellt sich die Frage nach der Widerruflichkeit des Treuhandvertrages und/ oder der Treuhandvollmacht nach § 1 Abs. 1 HWiG. Der BGH hat eine Entscheidung diesbezüglich zunächst unter bloßem Hinweis auf eine jedenfalls vorliegende Rechtsscheinhaftung des Anlegers nach den §§ 171 ff. BGB dahinstehen lassen³⁰⁹, sich später jedoch dahingehend geäußert, dass jedenfalls eine notariell beurkundete Vollmacht wegen § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG nicht widerrufen werden kann³¹⁰. Auch in der Literatur blieb diese Möglichkeit weitgehend unbeachtet³¹¹. Aufgrund der hier vertretenen Ansicht hinsichtlich der

³⁰⁷ Vgl. BGH, NJW 2004, 2745 (2747); BGH, NJW 2005, 1190 (1192).

³⁰⁸ Hatte der Anleger den Darlehensvertrag hingegen selbst geschlossen und sich hierin verpflichtet, ein vollstreckbares Schuldanerkenntnis abzugeben, kann er sich auf die Unwirksamkeit einer durch den Treuhänder abgegebenen Unterwerfungserklärung nicht berufen (§ 242 BGB), vgl. BGH, NJW 2004, 59. Dieser Auffassung ist zuzustimmen, denn der Anleger ist aufgrund des wirksamen Darlehensvertrages weiterhin verpflichtet, ein vollstreckbares Schuldanerkenntnis abzugeben. Es liegt somit eine unverkennbare Nähe zum *dolo agit*-Einwand vor.

³⁰⁹ Vgl. BGH, NJW 2000, 2270 (2271). Die Anerkennung eines Widerrufsrechts bezüglich der Vollmacht ebenfalls offenlassend OLG Karlsruhe, WM 2001, 2002 (2003).

³¹⁰ BGH, ZIP 2003, 1692.

³¹¹ Zum Widerruf der Vollmacht ausführlich Ulmer in: MüKo, § 312, Rn. 27, Rn. 87 f.; Hoffmann, ZIP 1999, 1586 (1588); Stüsser, NJW 1999, 1586 (1589); Möller, ZIP 2002, 333

Nichtigkeit des Treuhandvertrages und der Treuhandvollmacht wegen eines Verstoßes gegen das RBerG und dem Nichtvorliegen einer Rechtsscheinhaftung des Anlegers hat ein Widerruf des Treuhandvertrages bzw. der Treuhandvollmacht keine praktische Bedeutung mehr. Der Vollständigkeit halber soll jedoch auch ein Überblick bezüglich dieser Problematik gegeben werden.

1. Die Möglichkeit des Widerrufs des Treuhandvertrages und/ oder der Vollmacht

Denkbar ist sowohl ein Widerruf des Treuhandvertrages als auch ein Widerruf der Treuhandvollmacht. Im Folgenden soll daher untersucht werden, ob der Anleger den Treuhandvertrag oder die Vollmacht widerrufen kann.

1.1. Widerrufsrecht hinsichtlich der Vollmacht

In der Literatur umstritten ist die Frage, ob ein Widerrufsrecht nach § 1 Abs. 1 HWiG a.F. (§ 312 Abs. 1 BGB n.F.) auch in Bezug auf die Erteilung einer Vollmacht anzuerkennen ist³¹².

Die Befürworter eines solchen Widerrufsrechts stellen darauf ab, dass auch Vollmachten des Verbrauchers, die im Rahmen einer Haustürsituation erteilt wurden, ursächlich für einen späteren Vertragsschluss werden können³¹³. Ausgangspunkt dieser Ansicht ist die Auffassung, dass § 1 HWiG nicht nur Willenserklärungen erfasse, die unmittelbar auf einen Vertragsschluss gerichtet sind – somit also Angebot oder Annahme –, sondern auch nur final zu einem Vertragsschluss führende

(338 f.). Am Rande erwähnt wird diese Konstellation weiterhin von Fischer/ Machunsky, HWiG, § 1, Rn. 15.

³¹² Dies befürwortend Hoffmann, ZIP 1999, 1586; Ulmer in: MüKo, § 312, Rn. 27; Fischer/ Machunsky, HaustürWG, § 1, Rn. 15; a.A. Möller, ZIP 2002, 333; Masuch, ZIP 2001, 143; Werner in: Staudinger, HaustürWG, § 1, Rn. 7.

³¹³ Ulmer in: MüKo, § 312, Rn. 27; Hoffmann, ZIP 1999, 1586.

Erklärungen, selbst wenn es zum Abschluss des Vertrages noch eines Zwischenschrittes bedarf³¹⁴. Auch eine Beschränkung des Widerrufsrechts auf unwiderruflich erteilte Vollmachten wird insoweit abgelehnt³¹⁵.

Nach dem Wortlaut des § 1 HWiG³¹⁶ steht dem Verbraucher ein Widerrufsrecht zu bezüglich einer Willenserklärung, die auf den Abschluss eines Vertrages über eine entgeltliche Leistung gerichtet ist. Gegen die Annahme eines Widerrufsrechts spricht der Wortlaut der Vorschrift. Denn die Vollmacht an sich ist kein Vertrag, sondern wird durch eine einseitige Willenserklärung erteilt. Aber § 1 HWiG erfasst nur Willenserklärungen die auf den Abschluss eines Vertrages gerichtet sind, somit nur Angebot und Annahme³¹⁷, nicht hingegen die Bevollmächtigung³¹⁸. Diese ist nämlich nicht auf den Abschluss des Vertretergeschäfts gerichtet, sondern darauf, dem Vertreter nur die rechtliche Befugnis zu verleihen, Rechtsgeschäfte für den Vertretenen abzuschließen.

1.2. Widerruf des Treuhandvertrages – Auswirkungen auf die Vollmacht

Zum Schutz des Verbrauchers bedarf es allerdings auch nicht der Befürwortung eines Widerrufsrechtes hinsichtlich der Vollmacht. Denn Voraussetzung für ein Widerrufsrecht ist grundsätzlich die Unternehmereigenschaft des Vertreters³¹⁹. Der Vollmacht wird daher in der Praxis typischerweise ein entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag zugrunde liegen. Wurde dieser in einer Haustürsituation geschlossen, so steht dem Verbraucher diesbezüglich ein Widerrufsrecht zu. In den

³¹⁴ Hoffmann, ZIP 1999, 1586.

³¹⁵ Für eine Beschränkung Werner in: Staudinger, HaustürWG, § 1, Rn. 7.

³¹⁶ In der bis zum 30.9.2000 gültigen Fassung.

³¹⁷ Fischer/ Machunsky, HaustürWG, § 1, Rn. 13; vgl. auch die Gesetzesbegründung BT-Drucks. 10/2876, S. 11.

³¹⁸ A.A. Fischer/ Machunsky, HaustürWG, § 1, Rn. 15.

³¹⁹ Vgl. Ulmer in: MüKo, § 312, Rn. 27.

hier interessierenden Fällen der Treuhandmodelle kann der Anleger damit den Treuhandvertrag nach § 1 Abs. 1 HWiG a.F. widerrufen. Mit erfolgtem Widerruf erlischt auch die Vollmacht gemäß § 168 BGB, und zwar von Anfang an, da der Widerruf den Geschäftsbesorgungsvertrag ex tunc zerstört³²⁰.

2. Ausschluss des Widerrufsrechts nach § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG?

§ 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG a.F.³²¹ bestimmt, dass ein Widerrufsrecht nicht besteht, wenn die Willenserklärung von einem Notar beurkundet worden ist. Da im Rahmen der Treuhandmodelle typischerweise sowohl der Treuhandvertrag als auch die Treuhandvollmacht notariell beurkundet wurden, scheidet nach Ansicht des XI. Zivilsenats des BGH³²² und Teilen der Literatur³²³ ein Widerrufsrecht des Anlegers diesbezüglich aus.

Für eine restriktive Auslegung des § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG und dessen Unanwendbarkeit im Rahmen der Treuhandmodelle sprach sich bereits Gallois aus³²⁴. Weitere Stimmen in der Literatur schlossen sich dieser Auffassung an³²⁵.

Gallois³²⁶ und Stüsser³²⁷ begründen ihre Auffassung damit, dass gerade für den Vertrieb der Treuhandmodelle der Überraschungsmoment – welcher nach Ansicht des Gesetzgebers bei notariell beurkundeten

³²⁰ Ebenso Larenz/ Wolf, § 39, Rn. 14, S. 716.

³²¹ § 312 Abs. 3 Nr. 3 BGB n.F. mit nahezu identischem Wortlaut.

³²² BGH, ZIP 2003, 1692.

³²³ Habersack, ZIP 2001, 353; Werner in: Staudinger, HWiG, § 1, Rn. 150 (unter Hinweis auf den eindeutigen Wortlaut der Vorschrift).

³²⁴ Gallois, BB 1990, 2062.

³²⁵ Stüsser, NJW 1999, 1586, diesem folgend auch Palandt/ Heinrichs, § 312, Rn. 31; mit abweichender Begründung auch Hoffmann, ZIP 1999, 1586; Ulmer in: MüKo, § 312, Rn. 84 ff.

³²⁶ Gallois, BB 1990, 2062.

³²⁷ Stüsser, NJW 1999, 1586.

Verträgen wegfällt – geradezu kennzeichnend sei. Darüber hinaus sei es in diesen Fällen geradezu typisch, dass der Anleger die Belehrung durch den Notar nur als Formalie auffasse. Die Vorstellung des Gesetzgebers, dass die notarielle Belehrung ausreichend Schutz vor der Abgabe einer Willenserklärung gewähre treffe somit in diesen Fällen gerade nicht zu.

Hoffmann³²⁸ und Ulmer³²⁹ hingegen plädieren für eine richtlinienkonforme restriktive Auslegung des § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG³³⁰. Ausgangspunkt dieser Überlegung ist der Wortlaut des Art. 2 Abs. 2 lit. a Haustürwiderrufs-RL. Danach sind „Verträge über den Bau, den Verkauf und die Miete von Immobilien sowie Verträge über andere Rechte an Immobilien“ von dem Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen. Somit soll der Anwendungsbereich des § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG richtlinienkonform auf Verträge über dingliche oder obligatorische Rechte an oder mit Bezug auf Immobilien beschränkt werden. Hoffmann und Ulmer bejahen jeweils den Widerruf einer Vollmacht. Es soll nach ihrer Ansicht somit jeweils darauf ankommen, ob das Vertretergeschäft, hinsichtlich dessen die Vollmacht erteilt wurde, ein Grundstücksgeschäft im Sinne der Richtlinie darstellt. Dies soll nach Ansicht von Hoffmann bei einem Beitritt zu einem geschlossenen Immobilienfonds nicht der Fall sein. Da Verfügungen hinsichtlich des Gesellschaftsgrundstücks nur von der Gesellschaft getätigt werden können liege ein Grundstücksgeschäft nicht vor. Denn § 311 b BGB (§ 313 BGB a.F.) finde auf die Übertragung eines Gesamthandsanteils keine Anwendung.

Hoffmann stellt somit offensichtlich darauf ab, ob ein Grundstücksgeschäft i.S.v. § 311 b BGB (§ 313 BGB a.F.) vorliegt und somit eine notarielle Beurkundung erforderlich ist. Der Beitritt zu einem geschlossenen Immobilienfonds bedarf jedoch allenfalls dann nicht der notariellen Beurkundung, wenn die Gesellschaft das Grundstück bereits er-

³²⁸ Hoffmann, ZIP 1999, 1586.

³²⁹ Ulmer in: MüKo, § 312, Rn. 84 ff.

³³⁰ Gleiches erwägen auch Fischer/ Machunsky, HaustürWG, § 1, Rn. 276.

worben hat³³¹. Hat die Gesellschaft das Grundstück hingegen noch nicht erworben, so bedarf auch der Beitritt zu einem geschlossenen Immobilienfonds der notariellen Beurkundung. Dies hat Hoffmann offensichtlich verkannt.

Ulmer möchte dem Anleger ein Widerrufsrecht hinsichtlich der Treuhandvollmacht jedenfalls insoweit zubilligen, als diese über den Abschluss von Immobilienverträgen hinausreicht und insbesondere auch die Kreditfinanzierung erfasst. Die Frage des Fortbestandes der Vollmacht im Übrigen solle sich nach § 139 BGB beurteilen³³².

Begrenzt man den Anwendungsbereich des § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG richtlinienkonform auf Grundstücksgeschäfte, so ergibt sich hinsichtlich der Widerruflichkeit eines notariell beurkundeten Treuhandvertrages folgendes Bild: Der Treuhandvertrag ist ein Geschäftsbesorgungsvertrag und mithin kein Grundstücksgeschäft. Dennoch darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass die durch den Treuhandvertrag übernommene Verpflichtung einen Zwang zum Erwerb eines Grundstücks begründet³³³ und somit die notarielle Beurkundung des Treuhandvertrages erforderlich ist. Eine Ausnahme kann allenfalls für den Beitritt zu einem geschlossenen Immobilienfonds gelten, soweit die Gesellschaft das Grundstück bereits erworben hat. Folgt man der Auffassung von Ulmer, kann der Anleger im Rahmen eines Treuhandmodells den Treuhandvertrag trotz notarieller Beurkundung widerrufen, soweit dieser über den Abschluss von Grundstücksgeschäften hinausreicht.

³³¹ Reinelt, NJW 1992, 2052; für eine Beurkundungspflicht auch für den Fall, dass das Grundstück bereits durch die Gesellschaft erworben wurde, Reithmann, NJW 1992, 649.

³³² Ulmer in MüKo, § 312, Rn. 88.

³³³ BGH, NJW 1992, 3238.

3. Rechtsscheinhaftung des Anlegers

Soweit man entgegen § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG einen Widerruf des notariell beurkundeten Treuhandvertrages zulässt, führt dies zum Erlöschen der Vollmacht gem. § 168 BGB, und zwar von Anfang an³³⁴, denn mit dem Widerruf fällt der Treuhandvertrag mit ex tunc Wirkung weg³³⁵.

Es stellt sich jedoch auch hier die Frage nach einer Rechtsscheinhaftung des Anlegers nach den §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 1 BGB. Eine solche wird überwiegend bejaht³³⁶. Jedoch mehren sich die Stimmen derer, die aufgrund der bekannten Gepflogenheiten der Strukturvertriebsbranche eine Nachforschungspflicht der Banken bezüglich eines Widerrufsrechts der Anleger fordern und somit zu einem Ausschluss der Rechtsscheinhaftung nach § 173 BGB gelangen³³⁷.

Festzuhalten bleibt, dass aus der Vollmachtsurkunde das Bestehen eines Widerrufsrechts des Anlegers praktisch nicht hervorgehen wird, so dass es jedenfalls nicht am objektiven Rechtsschein fehlt. Für die Ansicht, dass eine Nachforschungspflicht der Banken bezüglich eines Widerrufsrechts besteht, spricht, dass gerade die Treuhandmodelle typischerweise im Rahmen von Strukturvertrieben abgesetzt wurden. Diese Erkenntnis ist auch nicht neu. Spätestens seit Beginn der 90er Jahre ist die damit einhergehende Problematik bezüglich eines Widerrufsrechts Gegenstand der juristischen Diskussion³³⁸. Mit einer Nach-

³³⁴ So auch Larenz/ Wolf, AT, § 39, Rn. 14, S. 716.

³³⁵ Dies gilt völlig unabhängig davon, ob man nach alter Rechtslage mit der h.M. davon ausging, dass der Vertrag vor Ausübung des Widerrufsrechts schwebend unwirksam war; vgl. hierzu Palandt/ Putzo, 59. Aufl.; § 1 HWiG, Rn. 12 a. Heute tritt nach § 355 BGB jedenfalls eine vorläufige Bindung bis zum Widerruf ein, vgl. Medicus, Schuldrecht I, AT, Rn. 572.

³³⁶ BGH, NJW 2000, 2268; Stüsser, NJW 1999, 1586; Möller, ZIP 2002, 333.

³³⁷ Ulmer in: MüKo, § 312, Rn. 88; Hoffmann, NJW 2001, 421 (unrichtig ist diese Literaturangabe für die gegenteilige Auffassung bei Palandt/ Heinrichs, § 173, Rn. 2).

³³⁸ Vgl. insoweit bereits die Ausführungen von Gallois, BB 1990, 2062. Auch Hoffmann geht davon aus, dass den Banken die Praxis der Strukturvertriebe bekannt war, vgl. Hoffmann, NJW 2001, 421 (422). Darüber hinaus ist den Banken insoweit auch der Einwand abgeschnitten, dass für sie eine Anwendbarkeit des HWiG auf notariell beurkundete

forschungspflicht wird auch der Sorgfaltsmaßstab des § 173 BGB nicht überspannt, soweit die Bank – was regelmäßig der Fall sein dürfte – sich die erforderlichen Informationen leicht vom Treuhänder beschaffen kann³³⁹.

4. Anmerkung

Die Rechtsprechung lehnt den Widerruf des notariell beurkundeten Treuhandvertrages bzw. der Treuhandvollmacht ab. In der Literatur finden sich Stimmen, die den Widerruf des Treuhandvertrages oder der Treuhandvollmacht trotz notarieller Beurkundung befürworten.

Das gleiche Bild zeigt sich hinsichtlich der Frage, ob den Anleger eine Rechtsscheinhaftung trifft. Hier geht die Rechtsprechung grundsätzlich von einer Rechtsscheinhaftung aus³⁴⁰. Teile der Literatur lehnen diese hingegen unter Hinweis auf eine Nachforschungspflicht der Banken bezüglich des Bestehens eines Widerrufsrechts ab.

Aufgrund der fehlenden praktischen Bedeutung der Streitpunkte ist eine eindeutige Positionierung jedoch entbehrlich. Schließlich sind der Treuhandvertrag und die Treuhandvollmacht bereits nach § 134 BGB wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 RBERG nichtig.

te Verträge entgegen § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG nicht erkennbar war. Vgl. zum Erfordernis einer richtlinienkonformen restriktiven Auslegung bereits Ulmer, WRP 1986, 445 (449).

³³⁹ Ebenso Hoffmann, NJW 2001, 421 (422).

³⁴⁰ Da der BGH insoweit bereits die Widerrufsmöglichkeit ablehnt, dient die Annahme einer Rechtsscheinhaftung nur als weiteres Argument dafür, dass dem Anleger ein Widerruf ohnehin nichts nützt.

Zusammenfassung

Der inzwischen gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung, dass der Treuhandvertrag im Rahmen eines Treuhandmodells gegen Art. 1 § 1 RBerG verstößt und somit nach § 134 BGB nichtig ist, muss in vollem Umfang zugestimmt werden. Denn aufgrund des finalen Verständnisses des Begriffs der unbefugten Rechtsbesorgung ergibt sich, dass eine solche gerade im Rahmen der rechtsgeschäftlichen Vertretung vorliegt.

Da Art. 1 § 1 RBerG den Erfolg der unbefugten Rechtsbesorgung, mithin also die rechtsgeschäftliche Vertretung an sich verbietet, erstreckt sich die Nichtigkeit des Treuhandvertrages auch auf die Treuhandvollmacht. Aus dem gleichen Grund scheidet aber auch eine Rechtsscheinhaftung des Anlegers aus.

Die Rechtsprechung des XI. Zivilsenats hinsichtlich der Rechtsscheinhaftung des Anlegers ist somit bereits im Ansatz abzulehnen.

Als Ergebnis bleibt also festzuhalten, dass der Treuhänder den Anleger nicht wirksam verpflichten konnte. Das RBerG bereitet den Weg dafür, dass sich die Anleger von unrentablen Immobilienkapitalanlagen trennen können. Dies ist zwar nicht Sinn und Zweck des Rechtsberatungsgesetzes, muss allerdings als praktische Folge konsequenter Gesetzesanwendung hingenommen werden. Unbeachtlich ist insoweit auch, ob sich die Anleger – wie ihnen von einzelnen Mitgliedern des XI. Zivilsenats³⁴¹ vorgeworfen wird – aus „Kaufreue“ von den Treuhandmodellen trennen wollen.

³⁴¹ Bungereth, WM 2004, 1505.